

การเกิดของตัวแทนและอำนาจของตัวแทน

2.1 การเกิดของตัวแทน

โดยทั่วไปแล้วตัวแทนจะเกิดขึ้นได้ก็โดยอาศัยความยินยอม (Consent) ระหว่างตัวการ (Principal) และตัวแทน (Agent) ซึ่งยึดถือเจตนาในการก่อให้เกิดนิติกรรม เป็นสำคัญโดยจะมีผลทำให้เกิดสัญญาขึ้นระหว่างตัวการและตัวแทนโดยอาศัยหลักเกณฑ์ของการเกิดสัญญาโดยทั่วไปมาบังคับทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน (Inter se)¹ ขึ้นมาในรูปแบบของสัญญาตัวแทน (Agency) ซึ่งถือว่าเป็นความสัมพันธ์ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความตกลงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้² โดยเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดจากการตกลงร่วมกัน (Consensual Relation) ระหว่างตัวการและตัวแทน ทำให้ตัวแทนมีอำนาจกระทำการแทนตัวการตามที่ได้ตกลงกันไว้โดยถือว่าเป็นตัวแทนที่ได้รับอำนาจจากตัวการโดยตรง หรือเรียกว่าตัวแทนโดยการแต่งตั้ง แต่ยังมีตัวแทนอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งไม่มีการตกลงร่วมกันอย่างแท้จริงดังกล่าวข้างต้นแต่กฎหมายก็บังคับรับรองให้ถือว่าตัวแทนชนิดนี้ได้เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย ซึ่งเรียกว่าเป็นตัวแทนโดยการบังคับของกฎหมาย (By Operation of Law) และการเกิดของตัวแทนนี้พิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทน เป็นสำคัญ³ แม้ว่า จะเรียกชื่อสัญญานั้นว่าอย่างไรก็ตามหรือบางทีคู่สัญญาต้องการให้เป็น เรื่องของตัวแทน

¹ P.S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, 3rd ed (Oxford: Clarendon Press, 1982) P. 272.

² Ronald A. Anderson, Business Law, 11th ed (Ohio: South-Western Publishing Co., 1980) P. 183.

³ American Law Institute, Restatement of the Law Second Agency 2d Vol.1 (St. Paul: American Law Institute Publishers, 1958) P. 8.

แต่ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาอาจจะไม่ใช่เป็นเรื่องตัวแทนก็ได้ เช่น นายจ้างลูกจ้าง, ทริสตี เป็นต้น

2.1.1 ตามหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายลักษณะตัวแทน⁴ ของประเทศสหรัฐอเมริกา มีรากฐานจากกฎหมาย Common Law อย่างแท้จริง แต่ในปัจจุบันนี้ได้มีการบัญญัติกฎหมายลักษณะนี้ขึ้นมาในรูปของ Restatement of the Law⁵ เพื่อเป็นแนวทางให้มลรัฐต่าง ๆ นำไปใช้ได้ แต่ก็ยังมี ส่วนแตกต่างกันในบางมลรัฐ ในบางกรณี เช่น ปกติการแต่งตั้งตัวแทนนั้นไม่มีรูปแบบของการ แต่งตั้งเมื่อตัวแทนไปกระทำการดังที่มอบหมาย การนั้นก็ถือว่าผูกพันตัวการได้ แต่มีบางมลรัฐ เช่น South Dakota และ Kentucky กำหนดให้ตัวแทนที่ได้รับการแต่งตั้งให้มีอำนาจลงชื่อ ในบันทึกความตกลง เช็ค หรือตราห์ แทนตัวการ ต้องมีหนังสือแต่งตั้งตัวแทนด้วย โดยเฉพาะ มลรัฐ Kentucky นั้นกำหนดไว้เลยว่า กิจการใดที่ตัวแทนได้กระทำไปจะไม่ผูกพันตัวการเว้นแต่ การตั้งตัวแทนจะได้ทำเป็นหนังสือ⁶

ความแตกต่างของกฎหมายลักษณะนี้ จะไม่แตกต่างกันในด้านแนวความคิด (Concept) ในแต่ละมลรัฐ แต่จะแตกต่างกันในเรื่องย่อย ๆ บางเรื่องเท่านั้น

ในเรื่องการเกิดของตัวแทนนั้น จากการศึกษาและค้นคว้าก็พบว่า การเกิด ของตัวแทนตามหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นแบ่งได้ดังต่อไปนี้ คือ

⁴ใน Restatement of Agency 2d Sections 2 ให้หมายความถึง "ลูกจ้าง" ด้วย.

⁵เป็นการรวบรวมกฎหมาย Common Law ของประเทศอังกฤษ และ ประเทศสหรัฐอเมริกา บัญญัติขึ้น เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้มลรัฐต่าง ๆ ได้นำไปใช้รายละเอียด ไปรคดู รัชฎู เครื่องาม, กฎหมายแองโกล-อเมริกัน (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520,) หน้า 46.

⁶Ronald A. Anderson and Walter A. Kumpf, Business Law, 6th ed (Ohio: South-Western Publishing Co., 1961) P. 187.

2.1.1.1 โดยความตกลง (By Agreement of the Parties)

ความยินยอม (Consent) ของตัวการและตัวแทนเป็นบ่อเกิดของ สัญญาตัวแทนที่จะแสดงเหตุผลว่าเหตุใดตัวแทนจึงมีอำนาจกระทำการแทนตัวการได้ ความยินยอมนั้นอาจแสดงออกมาโดยชัดแจ้ง (Express) หรือโดยปริยาย (Implied) ก็ได้ไม่ว่าโดยคำพูด ลายลักษณ์อักษร หรือพิจารณาจากความประพฤตินี้แสดงออกมาระหว่างตัวการและตัวแทนก็ตาม กล่าวคือ ตัวการต้องมีเจตนาที่จะแต่งตั้งให้ตัวแทนกระทำการแทนตน และตัวแทนก็ต้องมีเจตนายอมรับทำการแทนตัวการ เช่นนั้นด้วย⁷ ดังเช่น Lord Pearson ได้กล่าวว่า "ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนจะมีขึ้นได้ก็โดยการตกลงเท่านั้น และถ้ามีการตกลงกันตามกฎหมายที่มีลักษณะที่จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์กันแล้ว แม้ว่าอีกฝ่ายจะไม่ได้คิดพิจารณาหรือแม้แต่กลับไม่ปฏิเสธก็ตาม"⁸

แต่ในคดี Boardman V. Phipps ศาลได้ตัดสินว่า สัญญาตัวแทนก็ย่อมเกิดขึ้นได้ แม้ว่าจะไม่มีส่วนในความยินยอมของตัวการก็ตาม และในคดี Lloyd V. Grace Smith & Co. ก็ได้ตัดสินในลักษณะเดียวกันว่า หนังสือหมายต้องการขายบ้านจึงไปปรึกษา กับทนายความ และได้ถูกเสมียนทนายใช้กลฉ้อฉลให้หนังสือหมายนั้น เช่น ชื่อโอนบ้านนั้นให้แก่ตน ศาลถือว่า เสมียนทนาย เป็นตัวแทนของทนายความ

ดังนั้น ความยินยอม (Consent) ไม่ถือว่าเป็นบรรทัดฐานที่จะใช้กับการเกิดของตัวแทนได้ทั่วไป เพราะมีบางกรณีที่ไม่มีความตกลงของตัวการและตัวแทนก็ถือว่า สัญญาตัวแทนได้เกิดขึ้นโดยผลบังคับของกฎหมาย เช่นในเรื่องของตัวแทนโดยความจำเป็น (Agency by Necessity) และตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก หรือตัวแทนเชิด (Agency by Estoppel or Apparent Authority) และยิ่งไปกว่านั้น แม้ว่าตัวแทนจะไม่เข้าใจ

⁷Peter Hanauer, "Agency," American Jurisprudence, Vol. 3, 2nd ed (Newyork: the Lawyers Co-operative Publishing Co., 1986) P. 522.

⁸B.S. Markesinis and R.J.C Munday, Anoutline of the Law of Agency (London: Butterworth & Co. (Publishers) Ltd. Ltd., 1979) P. 4.

ถึงลักษณะของความสัมพันธ์ตามกฎหมายตัวแทนก็ตาม ก็ถือว่าสัญญาตัวแทนได้เกิดขึ้นจากความตกลงแล้ว เช่น ตัวแทนได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ขายสินค้าแม้ว่าจะซื้อสินค้ามาขายในราคาที่ถูกต้องก็ตาม ตัวแทนก็ไม่มีสิทธิที่จะขายสินค้านั้นต่ำกว่าราคาที่ตัวการกำหนด⁹

สัญญาตัวแทนในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นสัญญาที่ไม่มีรูปแบบ¹⁰ (No Formalities) กล่าวคือเมื่อตัวการและตัวแทนแสดงเจตนาตกลงกันแล้วไม่ว่าจะแสดงออกมาโดยวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือการแสดงกริยาอย่างใด ๆ ก็ตาม สัญญาตัวแทนก็เกิดขึ้น เว้นแต่ว่ากฎหมายเฉพาะบางเรื่องหรือกฎหมายในบางมลรัฐจะกำหนดให้ทำเป็นหนังสือมอบอำนาจ (Power of Attorney) หรือประทับตรา (Seal)^{11, 12}

การตั้งตัวแทนให้ไปรับค่าเช่าบ้าน¹³ หรือให้จัดการเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายที่ดินไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ¹⁴ และการตั้งตัวแทนให้ไปลงชื่อแทนตัวการ¹⁵ หรือ

⁹Willcox & Bibbs Sewing Machine Co. V. Ewing, 141 US 627, 35L Ed 882, -12S Ct 94.

¹⁰Warren A. Seavey, Handbook of the Law of Agency (St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1964) P. 32.

¹¹ เช่น Uniform Commercial Code Sections 3-403 (1) กำหนดให้ตัวแทนที่จะต้องลงชื่อแทนตัวการในเอกสารแสดงความตกลงต่าง ๆ ต้องทำเป็นหนังสือ

¹² Statute of Frauds กำหนดให้การแต่งตั้งตัวแทนที่จะต้องกระทำการอย่างใดแทนตัวการเกิน 1 ปี หรือกิจการที่มอบหมายนั้นจะสิ้นสุดลงเกิน 1 ปี นับแต่วันที่ได้ทำการแต่งตั้งมอบหมายจะต้องทำเป็นหนังสือ จึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้

¹³Sheet V. Selden's Lessee, 69 US 177, 17 L. Ed 822.

¹⁴Little V. Clark (Tex Civ App Fortworth), 592 SW 2d 61.

¹⁵Worall V. Munn, 5 NY 229.

หรือให้ตัวแทนกรอกข้อความในช่องว่างของเอกสารที่ต้องประทับตรา¹⁶ ก็ไม่จำเป็นต้องทำ เป็นหนังสือแต่อย่างใด เพราะกรณีเช่นนี้สามารถนำพยานบุคคลเข้าสืบได้¹⁷ ว่ามีการตั้งตัวแทนกันแล้ว และสัญญาตัวแทนได้เกิดขึ้นแล้ว สำหรับการประทับตรา (Under Seal) ในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ปัจจุบันนี้ ศาลมลรัฐส่วนมากได้ยกเลิกการประทับตราส่วนตัวของเอกชนโดยทั่วไปแล้ว แต่ถ้าใช้ประทับตราในเอกสารก็ไม่มีผลกระทบต่อความสำคัญหรือลักษณะโครงสร้างในสัญญานั้น ๆ¹⁸

ในเรื่องบำเหน็จหรือสิ่งตอบแทน (Consideration) นั้นไม่ถือเป็นองค์ประกอบต่อการเกิดของสัญญาตัวแทน เพราะแม้ไม่มีบำเหน็จหรือสิ่งตอบแทนสัญญาตัวแทนก็เกิดได้¹⁹ โดยถือว่าสัญญาตัวแทนเป็นผลจากการตกลงของคู่สัญญาซึ่งตัวการได้มอบหมายให้ตัวแทนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแทนตน แต่ผลของการมีบำเหน็จหรือสิ่งตอบแทนในส่วนของตัวเองแล้วจะมีความแตกต่างกับตัวแทนที่ไม่มีบำเหน็จ (Gratuitous Agent) อยู่บ้างในเรื่องความรับผิดชอบต่ตัวการหลังจากที่สัญญาตัวแทนได้สิ้นสุดลงแล้ว กล่าวคือ ตัวแทนที่ไม่มีบำเหน็จไม่ต้องรับผิดชอบต่ตัวการอีก แต่อย่างไรก็ตามในระหว่างที่สัญญายังคงดำเนินอยู่ หน้าที่และความรับผิดชอบของตัวแทนโดยไม่มีบำเหน็จนี้ก็เหมือนกับตัวแทนมีบำเหน็จโดยทั่วไป

ก.) โดยความตกลงอย่างชัดแจ้ง (By Express Agreement)

เป็นกรณีที่ตัวการแสดงออกให้ตัวแทนทราบว่าตัวการต้องการให้ตัวแทนทำอะไรบ้าง ซึ่งอาจทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือแสดงกริยาอย่างใดก็ได้ที่ชัดเจนแน่นอน และตัวแทนก็ยอมรับในลักษณะเดียวกัน โดยพิจารณาจากเจตนาที่แสดงออกมาก็เป็นการเพียงพอ²⁰ ซึ่งเรียกว่า "สัญญาตัวแทนที่ชัดแจ้ง" (Express Agency)²¹ หรือ "สัญญาตัวแทนที่แท้จริง"

¹⁶Williams V. Crutcher, 6 Miss 71.

¹⁷Peter Hanaur, "Agency," American Jurisprudence, P.577.

¹⁸Ibid., P. 578.

¹⁹American Law Institute, Restatement of Agency, Sections. 16.

²⁰Fisk and Meitus, Applied Business Law, 11th ed, (Ohio: South-Western Publishing Co., 1977) P. 414.

²¹Peter Hanaur, "Agency," American Jurisprudence P. 521.

(Actual Agency)²²

ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนที่เกิดโดยความตกลงอย่างชัดแจ้งนั้น ตัวแทนอาจได้รับการแต่งตั้งที่มีลักษณะพิเศษก็ได้และตัวแทนก็ยอมรับการแต่งตั้งนั้น²³ และการแต่งตั้งตัวแทนโดยทางจดหมายนั้นมีผลนับตั้งแต่วันที่ได้ส่งจดหมายนั้น²⁴

ข.) โดยความตกลงโดยปริยาย (By Implied Agreement)

มีลักษณะคล้ายกับความตกลงโดยชัดแจ้งและก็นับว่าเป็นสัญญาตัวแทนที่แท้จริงประการหนึ่ง บางครั้งอาจเรียกว่าสัญญาตัวแทนโดยปริยาย (Implied Agency) ความตกลงโดยปริยายนี้พิจารณาหรือโดยการอนุมาน คาดคะเนจากข้อเท็จจริงต่าง ๆ และพฤติการณ์แวดล้อมของกรณีที่เกี่ยวข้องทั้งหมด รวมทั้งคำพูดและความประพฤติปฏิบัติของคู่สัญญา การเกิดของสัญญาตัวแทนโดยปริยายนี้อาจอ้างเอาการประพฤติปฏิบัติหรือจากหน้าที่ที่เคยปฏิบัติต่อกันมาก่อน ระหว่างคู่สัญญา และโดยเฉพาะตัวแทนได้รับอนุญาตให้ทำหน้าที่ครั้งหลังนี้คล้ายกับครั้งก่อน ๆ ก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ความตกลงโดยปริยาย หรือสัญญาตัวแทนโดยปริยายนี้ไม่อาจเกิดขึ้นในทางตรงข้ามกับเจตนาที่ตัวการแสดงออกมาอย่างชัดแจ้งแล้ว แต่อาจเกิดขึ้นโดยพฤติการณ์ที่ตัวการบังคับบัญชาได้ แต่ตัวการกลับนิ่งเฉยเสียในเวลานั้น²⁵ และต้องมีใช่เป็นการปิดเบือนข้อเท็จจริงด้วยโดยจะอ้างเอาความคิดเห็นของบุคคลที่สามที่อ้างว่าสัญญาตัวแทนโดยปริยายได้เกิดขึ้นแล้วไม่ได้²⁶

การแบ่งลักษณะการเกิดของตัวแทนโดยปริยายนี้ก็เพื่อเป็นการขยายในเรื่องสัญญาตัวแทน เพื่อมิให้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตัวแทนหรือบุคคลที่สามที่เข้า

²² Ibid., P. 522.

²³ Campbell V. John Deere Plow Co., 197 Okla 403, 172 P 2d 319.

²⁴ Ruggles V. American Cent. Co., 114 NY 415, 21 NE 1000.

²⁵ Weller V. Speet, 275 Mich 655, 267 NW, 758.

²⁶ Springfield Television, Inc., V. Gary (Mo. App) 628 SW 2d 398.

ทำการกับตัวแทนนั้น ดังนั้นภาระการพิสูจน์ว่าสัญญาตัวแทนได้เกิดขึ้นแล้ว จึงเป็นภาระแก่บุคคลที่จะได้รับประโยชน์จากการกล่าวอ้างเช่นนั้นนั่นเอง²⁷

ค.) โดยการให้สัตยาบัน (By Ratification)

ตัวแทนที่เกิดขึ้นโดยการให้สัตยาบันนี้มีรากฐานมาจากสุภาษิตของกฎหมายโรมันที่ว่า "การให้สัตยาบันมีผลให้การกระทำสมบูรณ์ย้อนหลังตั้งแต่ต้น" (Omnis rati habitio retrotrahitur et mandato priori aequiparatur) ซึ่งเหตุผลที่น่าหลักการนี้มาใช้ในกฎหมายตัวแทนก็เพื่อที่จะให้กิจการที่ตัวแทนกระทำไปโดยไม่มีอำนาจหรือกระทำนอกเหนืออำนาจ หรือไม่ได้รับการแต่งตั้งนั้นมีผลผูกพันตัวการ ซึ่งตัวการรู้และมีสิทธิที่จะให้สัตยาบันหรือไม่ก็ได้ (Waiver) หลักการนี้ได้เริ่มใช้ในประเทศอังกฤษก่อนในปี ค.ศ. 1901²⁸ ตัวแทนประเภทนี้ถือว่าเป็นตัวแทนที่เกิดขึ้นจากความตกลงร่วมกันของตัวการและตัวแทนประเภทหนึ่ง²⁹ เพราะว่าตัวการต้องมีเจตนาที่จะให้สัตยาบันยอมรับการกระทำของตัวแทนไม่ว่าโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยายก็ตาม และตัวแทนก็แสดงเจตนายอมรับการให้สัตยาบันนั้นก็ถือว่าสัญญาตัวแทนได้เกิดขึ้นในขณะนั้น และมีผลย้อนหลังนับตั้งแต่วันที่ตัวแทนได้กระทำการนั้นไปโดยไม่ได้รับการแต่งตั้ง³⁰ หรือนอกเหนืออำนาจ

²⁷Ronald A. Anderson, Business Law, P. 536.

²⁸Lloyd R. Mechem, Outlines of the Law of Agency, 4th ed (Chicago: Collahan & Company, 1952) P. 127.

²⁹Forsyth V. Day (1858) 46 Me 176.

³⁰ซึ่งรวมถึง เรื่องการจัดการงานนอกสั่ง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ของประเทศไทยด้วย

การก่อให้เกิดสัญญาของตัวแทนประเภทนี้ สิ่งตอบแทน

(Consideration) ซึ่งเป็นองค์ประกอบในการเกิดสัญญาตามกฎหมายของ Common Law เองนั้น ก็ไม่มีความจำเป็นในเรื่องนี้เช่นกัน และตัวแทนประเภทนี้แตกต่างจากตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก (Agency by Estoppel) ด้วย เพราะในเรื่องตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนั้นไม่มีการแสดงเจตนายินยอมร่วมกัน (Mutual Consent) ของตัวการและตัวแทน อีกทั้งตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากก็ไม่สามารถให้สัตยาบันได้ เพราะในเรื่องตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนั้นเกิดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองบุคคลที่สามโดยมิให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลที่สามจากการหลอกลวงเช่นนั้น แต่หลักกฎหมายปิดปากสามารถนำมาใช้ในเรื่องการให้สัตยาบันได้ถ้าการกระทำของตัวการ เช่นนั้นกระทำในลักษณะที่ชักนำให้บุคคลที่สามหลงเข้าใจผิดว่าตัวการได้ให้สัตยาบันแล้ว เพราะการแสดงออกบางประการของตัวการและบุคคลที่สามต้องเปลี่ยนแปลงฐานะไปในทางที่เสียหาย เพราะการกระทำของตัวการโดยบุคคลที่จะเป็นตัวการนั้นตัวแทนอาจจะบุในขณะทำการกับบุคคลที่สามหรือแสดงต่อบุคคลที่สามว่าได้ทำการแทนบุคคลที่อ้างเอาเป็นตัวการก็ได้ ซึ่งจะมีผลให้บุคคลที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นตัวการ เช่นนั้นจะเป็นผู้มีสิทธิให้สัตยาบันแก่การกระทำของตัวการได้ และนอกจากนั้นตัวแทนที่กระทำการนั้นเองก็สามารถให้สัตยาบันแก่การกระทำของตนเองหรือของตัวแทนช่วงที่กระทำโดยนอกเหนือหรือปราศจากอำนาจนั้นได้โดยได้รับการแต่งตั้งจากตัวการ เพื่อที่จะให้สัตยาบันแก่กิจการนั้นโดยเฉพาะ³¹ และผู้ที่ให้สัตยาบันนั้นต้องเป็นผู้มีความสามารถตามกฎหมายด้วย

การให้สัตยาบันนั้นสามารถกระทำได้ทั้งในเรื่องสัญญาและเรื่องละเมิด³² ปกติไม่มีรูปแบบอาจกระทำโดยวิธีใด ๆ ก็ได้ที่แสดงว่ามีเจตนาให้สัตยาบัน แต่ก็ขึ้นอยู่กับรูปแบบของการแต่งตั้งตัวแทนในครั้งแรกกว่ามีการแต่งตั้งในลักษณะใด ๆ การให้สัตยาบันก็ต้องกระทำในลักษณะนั้น ๆ ด้วยจึงจะมีผลใช้บังคับได้³² เช่น ถ้าการแต่งตั้งตัวแทนนั้นต้อง

³¹ American Law Institute, Restatement of Agency, Sections 93 (3) and Lammers V. Arkansas Power & Light Co., 196 Ark. 108, 116 S.W, 2d 361 (1938).

³² Lloyd R. Mechem, An outlines of the Law of Agency, P. 130-137.

³³ American Law Institute, Restatement of Agency, Sections 93 (2).

ทำเป็นหนังสือหรือทำการประทับตรา (Under Seal) การให้สัตยาบันก็ต้องกระทำในลักษณะเดียวกันด้วย แต่ในเรื่องที่ตัวการเป็นนิติบุคคลนั้นจะไม่นำเรื่องการประทับตรามาใช้บังคับ³⁴ เมื่อตัวการให้สัตยาบันโดยไม่สืบเสาะหาข้อเท็จจริงทั้งหมดเสียก่อน ภายหลังจะขอเพิกถอนการให้สัตยาบันของตนไม่ได้ เพราะทำให้บุคคลที่สามเปลี่ยนแปลงฐานะไปแล้ว³⁵ และยิ่งกว่านั้น ถ้าเป็นการให้สัตยาบันโดยปริยายหรือแสดงออกโดยความประพฤติของตัวการที่ทำให้บุคคลที่สามหลงเชื่อว่าตัวการได้ให้สัตยาบันแล้ว เช่นตัวการรับเอาผลประโยชน์จากการกระทำที่นอกเหนือหรือปราศจากอำนาจของตัวแทนไว้ เช่นนี้ตัวการต้องถูกปิดปากมิให้ปฏิเสธว่าแท้จริงแล้วตนเองมิได้ให้สัตยาบันโดยให้นำหลักกฎหมายปิดปากมาใช้บังคับ³⁶ การที่ตัวการฟ้องคดีหรือยื่นคำให้การต่อสู้คดีที่บุคคลที่สามฟ้องก็ถือว่าเป็นการให้สัตยาบันเช่นกัน³⁷

ตัวการที่จะให้สัตยาบันต้องรู้ข้อเท็จจริงทั้งหมดโดยอาจจะรู้เองหรือตัวแทนแถลงให้ทราบก็ได้แต่ถ้าตัวแทนได้หลอกลวงเพื่อผลประโยชน์ของตนเองหรือปิดบังข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่ตัวการควรทราบโดยมีเจตนาหรือไม่มีเจตนาก็ตาม การให้สัตยาบันนั้นก็ไม่มีผลใช้บังคับได้ เพราะถือว่าตัวการกระทำไปเพราะความสำคัญผิดหรือถูกหลอกลวง เช่นการที่บริษัทประกันภัยได้ให้สัตยาบันแก่กรมธรรม์ประกันภัยที่ตัวแทนได้กระทำขึ้นโดยปราศจากอำนาจนั้นไม่มีผลผูกพันบริษัท เพราะเหตุว่าบริษัทประกันภัยไม่ทราบว่าตัวแทนได้รับเงิน เบี้ยประกันภัยไว้แล้วอีกทั้งตัวแทนก็ได้นำเบี้ยประกันนั้นส่งแก่บริษัทประกันภัยเลย³⁸

³⁴Whiteway Neon-Ad, Inc. V. Opportunities Industrialization Industrialization Center, Inc., 243 Ga 114, 252 SE 2d 604.

³⁵W. Edward Sell, Sell on Agency, (Newyork: The Foundation Press Inc., 1975), P.

³⁶Warren A. Seavey, Handbook of the Law of Agency, P. 77.

³⁷W. Edward Sell, Sell on Agency, P. 56.

³⁸Parsons V. Federal Realty Corp., 105 Fla 105, 143 So 912, 88 ALR 275.

หอสมุดกลาง สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

หรือ การที่บิดาได้ให้สัตยาบันในกรณีที่บุตรชัรบถชนรณผู้เสียหายก็ไม่มีผลบังคับใช้ เพราะบิดาไม่ทราบว่าแท้จริงแล้วยังมีรณของบุคคลอื่นอีกคนหนึ่งซึ่งร่วมชนรณผู้เสียหายด้วย³⁹ แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าคู่สัญญาจะถูกหลอกลวงก็ตาม การให้สัตยาบันก็มีผลใช้บังคับได้ถ้าคู่สัญญานั้นได้รับผลประโยชน์ หรือมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับการให้สัตยาบันนั้น⁴⁰ หรือในการที่ตัวแทนไปทำสัญญาแทนตัวการและตัวแทนได้กำหนดเงื่อนไขในสัญญานอกเหนือจากที่ได้รับมอบหมายจากตัวการ และตัวการก็ไม่ทราบ เช่นนั้นแม้ว่า เงื่อนไขนั้นมีข้อบกพร่องหรือสาระสำคัญของสัญญาก็ตาม ก็ไม่ถือว่าตัวการให้สัตยาบันแก่การกระทำ เช่นนั้น เช่นการที่ตัวแทนทำสัญญาค้ำประกันในการซื้อขายกับบุคคลที่สามโดยกระทำนอกเหนืออำนาจนั้น เมื่อตัวการให้สัตยาบันตัวการต้องทราบเรื่องในการค้ำประกันด้วย⁴¹

การรู้ข้อเท็จจริงของตัวการนั้น ศาลส่วนมากเห็นว่าต้องได้ ความว่าตัวการรู้ข้อเท็จจริงนั้นอย่างแท้จริง (Actual Knowledge) มิใช่เป็นการรู้ข้อเท็จจริง โดยการสันนิษฐานจากพฤติการณ์แวดล้อมว่ารู้ (Constructive Knowledge) และมีใช้เพียง กล่าวอ้างว่าตัวการได้รับข่าวสาร เช่นนั้นแล้ว⁴² แต่ก็มีคดีจำนวนมากที่ใช้หลักการรู้โดยการสันนิษฐานจากพฤติการณ์แวดล้อมว่ารู้หรือควรรู้ โดยการเปรียบเทียบกับวิญญูชนทั่วไป (Reasonable Man)⁴³ เช่น คดี Baltimore & O.R. Co. V. Foar, C.C.A. 7th, 1936, 84 F. 2d 67 ศาลตัดสินว่าการที่กรรมการผู้จัดการได้ทำสัญญาโดยไม่ได้รับการแต่งตั้งจากคณะกรรมการบริษัทเป็นเวลาหลายปีนั้น ถือว่า คณะกรรมการบริษัทควรรู้ได้ เพราะ คณะกรรมการบริษัทมีหน้าที่ดูแลผลประโยชน์ในบริษัท

³⁹ Vincent V. Rather, 31 tex 77.

⁴⁰ Fitzpatrick V. School Comrs., 26 Tenn 224.

⁴¹ Bierman V. City Mills Co., 151 NY 482, 45 NE 856.

⁴² Peter Hanaur, Agency, American Jurisprudence, P. 690.

⁴³ Warren A. Seavey, Handbook of the Law of Agency, P, 66.

แต่อย่างไรก็ตามการรู้ถึงข้อเท็จจริงของตัวการนั้นก็มิใช่ศาล
ในมลรัฐต่าง ๆ ได้ใช้หลักทั้งสองประการรวมกันโดยถือว่า การที่จะถือว่าตัวการรู้ข้อเท็จจริง
ที่จะสามารถให้สัตยาบันได้หรือไม่นั้นต้อง เป็นการรู้อย่างแท้จริงของตัวการ มิใช่การรู้โดย
การสันนิษฐาน แต่พฤติการณ์แวดล้อมนั้นเองที่จะแสดงหรือชี้ให้เห็นถึงการรู้อย่างแท้จริงของ
ตัวการ⁴⁴ และแม้ว่าตัวการไม่รู้ข้อเท็จจริงทั้งหมดในขณะที่ให้สัตยาบันก็สามารถบอกกล่าว
การให้สัตยาบันของตนเองในภายหลังได้⁴⁵

ในการให้สัตยาบันแก่การกระทำของตัวแทนนั้น การกระทำ
เช่นนั้นต้องไม่ผิดกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยของมลรัฐต่าง ๆ ด้วย หรือเป็นโมฆะ
ถ้าการกระทำนั้นกฎหมายบัญญัติให้เป็น เพียงโมฆะก็สามารถให้สัตยาบันได้

สำหรับกรณีที่ตัวแทนไปลงชื่อตัวการในเอกสารต่าง ๆ โดย
ไม่ได้รับการแต่งตั้งนั้น ตัวการก็สามารถให้สัตยาบันได้ถ้าการกระทำนั้นไม่เข้าลักษณะของ
ความผิดฐานปลอมเอกสาร แต่ถ้าการกระทำนั้นเข้าลักษณะของการปลอมเอกสารแล้วก็ไม่
สามารถให้สัตยาบันได้⁴⁶ เพราะจะทำให้การฟ้องคดีอาญามีปัญหามากขึ้น⁴⁷ ในบางมลรัฐ เช่น
มลรัฐ Massachusetts นั้น แม้จะมีการให้สัตยาบันในการปลอมลายมือชื่อก็ตามก็ยังไม่ทำให้
ผู้ปลอมลายมือชื่อนั้นหลุดพ้นความผิดทางอาญาใด ๆ ไปได้⁴⁸ แต่การให้สัตยาบันในกรณีละเมิด
นั้น ตัวการสามารถให้สัตยาบันได้เฉพาะในทางแพ่งเท่านั้น ส่วนความผิดทางอาญาตัวการ

⁴⁴Gulf Refining Co. V. Travis, 201 Miss 336, 29 So 2d 100.

⁴⁵American Law Institute, Restatement of Agency, Sections 91.

⁴⁶แต่ มาตรา 3-304 ของ Uniform Commercial Code ยอมให้ผู้ที่ถูกปลอม
ลายมือชื่อของตนเองได้ให้สัตยาบันในการปลอมลายมือชื่อ.

⁴⁷Lloyd R. Mechem, Outlines of the Law of Agency, P. 148.

⁴⁸Peter Hanaur, "Agency" American Jurisprudence, P. 694.

ไม่สามารถให้สัตยาบันได้⁴⁹ และการให้สัตยาบันนั้นตัวการต้องให้สัตยาบันแก่การกระทำทั้งหมดของตัวแทนจะ เลือกให้สัตยาบัน เฉพาะส่วนที่เป็นประโยชน์แก่ตนไม่ได้⁵⁰

ผลของการให้สัตยาบันดังได้กล่าวแล้วว่า ทำให้การกระทำที่ปราศจากอำนาจหรือการกระทำนอกเหนืออำนาจของตัวแทนนั้นมีผลสมบูรณ์โดยถือว่ามีผลสมบูรณ์ในเวลาและสถานที่ตัวแทนได้กระทำการ เช่นนั้น⁵¹ แต่ถ้าเป็นการให้สัตยาบันโดยการแสดงออกซึ่งความประพฤติของตัวการ (Conduct) หรือโดยปริยายนั้นถือว่ามีผลสมบูรณ์ในเวลาและสถานที่ตัวการได้ให้สัตยาบันนั้น⁵²

ในส่วนของความรับผิดของตัวแทน เมื่อกระทำ เกินอำนาจหรือโดยปราศจากอำนาจแล้ว ในเบื้องต้นตัวแทนต้องรับผิดต่อบุคคลที่สามในกรณีผิดคำรับรองว่ากระทำโดยมีอำนาจ (Breach of Warranty) แต่ถ้าตัวการให้สัตยาบันก่อนที่บุคคลที่สามจะเกิดความเสียหาย ตัวแทนก็ไม่ต้องรับผิดในกรณีผิดคำรับรองว่ากระทำโดยมีอำนาจต่อบุคคลที่สาม⁵³ ในกรณีละเมิดนั้น แม้ตัวการจะได้ให้สัตยาบัน ตัวแทนก็ไม่สามารถหลุดพ้นจากความรับผิดต่อบุคคลที่สามไม่ว่าการละเมิดนั้นจะ เกิดโดยความตั้งใจ หรือความประมาทเลินเล่อของตัวแทนก็ตาม⁵⁴

⁴⁹W. Edward Sill, Sell on Agency, P. 52.

⁵⁰American Law Institute, Restatement of Agency, Sections. 96.

⁵¹W. Edward Sell, Sell on Agency, P. 59.

⁵²American Law Institute, Restatement of Agency, Sections 100 A.

⁵³Henry W. Savage. Inc., V. Fricdberb, 322 Mass. 321, 77 N.E. 2d 213 (1948).

⁵⁴American Law Institute, Restatement of Agency, Sections 360.

อย่างไรก็ตาม เมื่อตัวการให้สัตยาบันแล้วจะถือว่าตัวแทน
กระทำเกินอำนาจอยู่ไม่ได้ เพราะถือว่าการให้สัตยาบันแก่การกระทำที่กระทำ เกินอำนาจนั้น
ได้รับการแต่งตั้งแล้วและการกระทำ เช่นนั้นถือว่าอยู่ในอำนาจที่ตัวแทนจะกระทำได้มาตั้งแต่ต้น⁵⁵
แม้ว่าตัวแทนจะฝ่าฝืนคำสั่งหรือไม่ เชื่อฟังตัวการซึ่งเป็น เรื่องผิดหน้าที่ของตัวแทนก็ตาม แต่ถ้า
ตัวแทนข่มขู่ หรือหลอกลวงให้ตัวการให้สัตยาบันหรือมีกรณีในตัวการจำเป็นต้องให้สัตยาบันแทนที่
ต้องการจะให้สัตยาบัน เพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนเองนั้น ในเรื่องนี้ตัวแทนยังคงรับผิดชอบ
ตัวการอยู่⁵⁶

สำหรับทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ที่ตัวแทนได้รับไว้ขณะที่ทำการ
เช่นนั้นต้องส่งคืนให้แก่ตัวการทั้งหมด ภายหลังจากที่ตัวการได้ให้สัตยาบันแล้ว⁵⁷

ผลของการที่ตัวการให้สัตยาบันนั้นทำให้การกระทำของตัวแทน
เช่นนั้น มีผลผูกพันตัวการ โดยถือว่าตัวการได้มอบอำนาจ เช่นนั้นให้แก่ตัวแทนมาตั้งแต่ต้น แม้ว่า
ในสัญญาที่ตัวแทนกระทำกับบุคคลที่สามจะไม่ปรากฏลายมือชื่อของตัวการอยู่ในสัญญานั้นตั้งแต่ต้น
ก็ตาม⁵⁸ และไม่ว่าการให้สัตยาบันนั้นจะทำให้ตัวการเสียหายหรือได้เปรียบบุคคลที่สามก็ตาม
ตัวการก็มีสิทธิที่จะฟ้องบุคคลที่สามให้ปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ในกรณีละเมิดนั้นตัวการต้องรับผิดชอบ
ต่อผลที่ตัวแทนกระทำละเมิดแม้ว่าจะไม่อยู่ในขอบอำนาจก็ตาม

ในกรณีของผลการให้สัตยาบันที่มีต่อบุคคลที่สามนั้นถือว่า
มีผลผูกพันบุคคลที่สามและบุคคลที่สามก็มีสิทธิและหน้าที่ เสมอกับว่าได้ทำการกับตัวแทนที่ได้รับ
การแต่งตั้งมาตั้งแต่แรก⁵⁹ โดยมีสิทธิที่จะฟ้องตัวการให้ปฏิบัติตามสัญญาที่ตัวแทนกระทำไว้กับ

⁵⁵Peter Hanaur, "Agency," American Jurisprudence P. 710.

⁵⁶American Law Institute, Restatement of Agency, Sections
101 (a), (b) and Sections 416.

⁵⁷Ibid., Sections 408.

⁵⁸Little V. Clark 592 SW 2d 61.

⁵⁹American Law Institute, Restatement of Agency, Sections 319.

คนได้ แต่การแสดงเจตนาให้สัตยาบันของตัวการนั้นต้องกระทำให้บุคคลที่สามรู้ด้วย เพราะมิฉะนั้น จะไม่ผูกพันบุคคลที่สาม⁶⁰ หรือกรณีที่บุคคลที่สามขอร้องให้ตัวการให้สัตยาบันแต่ตัวการไม่ตอบ การให้สัตยาบันมา ก็ไม่มีผลผูกพันตัวการเช่นกัน⁶¹ และในกรณีที่ตัวการไม่ได้ให้สัตยาบันหรือไม่อาจให้สัตยาบันได้ไม่ว่ากรณีใด ๆ ก็ตาม บุคคลที่สามที่รับทรัพย์สินหรือประโยชน์ใด ๆ จาก ตัวแทนไว้ต้องคืนแก่ตัวการในฐานะลาภมิควรได้⁶²

2.1.1.2 โดยการบังคับของกฎหมาย (By Operation of Law)

ตัวแทนประเภทนี้ไม่ได้เกิดจากการแสดงเจตนาซึ่งความตกลงร่วมกัน (Mutual Consent) ระหว่างตัวการและตัวแทน⁶³ แต่ศาลเห็นว่าจำเป็นต้องให้ความสัมพันธ์ ระหว่างบุคคลเหล่านี้ เป็นไปในลักษณะของกฎหมายตัวแทนก็เพื่อความจำเป็นทางประการ หรือ เพื่อสนองตอบซึ่งความต้องการของสังคมหรือก่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม และโดยเหตุผล เหล่านี้ความสัมพันธ์ เช่นนั้นก็ก่อให้เกิดสัญญาตัวแทนโดยการบังคับของกฎหมายได้เช่นกัน

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁶⁰ *Athe V. Bartholomew*, 69 Wis 43, 33 NW 110.

⁶¹ *Clews V. Jamieson*, 182 US. 461, 45 L Ed 1183, 21S Ct 845.

⁶² *W. Edward Sell*, Sell on Agency, P. 62.

⁶³ *Peter Hanauer*, "Agency," American Jurisprudence P. 523.

ก.) โดยความจำเป็น (By Necessity)

ตัวแทนโดยความจำเป็นอาจเกิดขึ้นโดยมีความสัมพันธ์ทางสัญญาตัวแทนกันมาก่อนแล้ว⁶⁴ หรือไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญาตัวแทนกันมาก่อนเลยก็ได้ ก็ถือว่าเป็นตัวแทนโดยการบังคับของกฎหมาย เช่นกัน⁶⁵ โดยพิจารณาจากเหตุการณ์ที่บุคคลที่ต้องกระทำแทนผู้อื่นนั้นประสบอยู่ในลักษณะของความฉุกเฉิน หรือมีกรณีที่จำเป็น และไม่สามารถติดต่อกับบุคคลที่ตนจะต้องกระทำแทนนั้นได้จึงกระทำการนั้นโดยปราศจากอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจ เช่น บิดามารดาที่ทอดทิ้งบุตรของตนให้ออกอยากไม่ว่าจะโดยเจตนาหรือประมาทก็ตาม ผู้ที่มาพบเด็กนั้นได้นำอาหารมาให้เด็ก ถือว่าผู้นั้นเป็นตัวแทนโดยความจำเป็นของบิดามารดาของเด็กนั้น หรือในกรณีที่สามีละทิ้งภรรยา ภรรยาก็มีอำนาจที่จะซื้อ เชื้อ เครื่องใช้หรือสิ่งของที่จำเป็นในการดำรงชีพในนามของสามีได้ และถือว่าภรรยาเป็นตัวแทนของสามีด้วย⁶⁶ ในกรณีของผู้เยาว์ที่ต้องซื้อสินค้าหรือสิ่งของที่จำเป็นในนามของบิดาในเมื่อบิดาปฏิเสธไม่จ่ายเงินให้แก่ผู้เยาว์นั้นก็ถือว่าผู้เยาว์นั้นเป็นตัวแทนของบิดาเช่นกัน⁶⁷

หลักในเรื่องตัวแทนโดยความจำเป็นนี้ยังนำไปใช้การขนส่งสินค้าต่าง ๆ ที่ผู้ขายไม่สามารถส่งสินค้าให้แก่ผู้ซื้อได้โดยมีเหตุการณ์บางอย่างที่จำเป็นอย่างยิ่งมาขัดขวาง เช่น การส่งสินค้าทางเรือและในระหว่างเดินทางได้เกิดภาวะสงคราม เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามบุคคลที่จะเป็นตัวแทนหรือตัวการต้องกระทำด้วยความสุจริตด้วย

⁶⁴ รายละเอียดดูในเรื่องอำนาจของตัวแทนในเหตุฉุกเฉิน (Emergency Authority) ในหัวข้อ 2.2.1

⁶⁵ Allen V. Minnesota Loan & Trust Co., 68 Minn 8, 70 NW 800.

⁶⁶ Rodgers V. Saxton, 305 Pa. 479, 158A 166.

⁶⁷ Maschauer V. Downs, 289 F. 540, 53 App. D.C. 142.

ข.) โดยกฎหมายปิดปาก (By Estoppel)

ตัวแทนประเภทนี้เกิดขึ้นโดยอาศัยหลักเกณฑ์ปิดปาก⁶⁸

(Doctrine of Estoppel) มาบังคับซึ่งเป็นกรณีที่เกิดจากการกระทำหรือการแสดงออกของบุคคลซึ่งโดยการแสดงออกนั้นอาจจะเป็นไปได้โดยความตั้งใจ หรือโดยความประมาทเลินเล่อ หรือโดยการนิ่งในบางกรณีว่ามีบุคคลอีกคนหนึ่งเป็นตัวแทนของตนมีอำนาจกระทำการแทนตน และตัวแทนก็ได้กระทำการตามที่บุคคลนั้นได้แสดงออก จนเป็นเหตุชักนำให้บุคคลที่สามหลงเชื่อโดยสุจริต และก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงฐานะไปในทางที่เสียหาย บุคคลนั้นต้องถูกปิดปากมิให้ปฏิเสธว่าตนเองมิใช่ตัวการหรือถูกปิดปากมิให้ปฏิเสธว่าความจริงเป็นอีกอย่างหนึ่ง

ใน Restatement of Agency Sections 8 B ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติในเรื่องตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากไว้โดยเฉพาะ โดยได้บัญญัติถึงลักษณะของการเกิดตัวแทนชนิดนี้ และผลที่จะเกิดขึ้นแต่ก็ยังคงไว้ซึ่งหลักเกณฑ์ตามกฎหมายปิดปากไว้อย่างครบถ้วน แต่อย่างไรก็ตามก็เป็นการทำหน้าที่หลักเกณฑ์ที่ใช้ในกฎหมายทั่วไปมาบัญญัติให้เหมาะสมกับลักษณะของกฎหมายเฉพาะที่ต้องนำหลักเกณฑ์นั้นมาใช้ โดยในเรื่องนี้ได้บัญญัติไว้ว่า

(1) บุคคลใดที่แสดงให้เห็นให้ผู้อื่นหลงเข้าใจผิดว่าตนเองเป็นคู่สัญญาโดยการกระทำของบุคคลอีกคนหนึ่ง ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลที่ต้องเปลี่ยนแปลงฐานะของเขา เพราะการหลงเชื่อเช่นนั้น ถ้า

(a) บุคคลนั้นได้แสดงออกโดยความตั้งใจ หรือโดยความประมาทเลินเล่อ หรือ

(b) รู้ว่าบุคคลที่สามได้หลงเชื่อเช่นนั้นและอาจเปลี่ยนแปลงฐานะได้ แต่บุคคลที่ได้แสดงออกเช่นนั้นก็ได้แจ้งข้อความจริงให้บุคคลที่สามทราบ

(2) เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้ให้บุคคลอีกคนหนึ่งแสดงตนเป็นเจ้าของทรัพย์สินแทนต่อบุคคลที่สาม หรือได้ยินยอมให้เขาแสดงตนเช่นนั้น หรือรู้ว่า

⁶⁸ ดูรายละเอียดในเรื่องโปรดดูในบทที่ 3.

บุคคลที่สามได้หลงเชื่อเช่นนั้น และมีได้แจ้งข้อความจริงแก่บุคคลที่สาม บุคคลผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ต้องสูญเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนโดยการกระทำของบุคคลที่ถูกอ้างว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น ถ้าทรัพย์สินนั้นบุคคลที่สามได้ซื้อไปโดยไม่รู้ข้อความจริง หรือต้องเปลี่ยนแปลงฐานะของเขาเพราะการหลงเชื่อเช่นนั้น

(3) การเปลี่ยนแปลงฐานะ ในที่นี้ให้หมายความถึงการชำระเงิน การใช้แรงงาน ได้รับความเสียหาย หรือต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย

จากหลัก เกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นนั้นจะ เห็นว่า เกิดความรับผิดแก่ตัวการซึ่งได้แสดงออกโดยตัวแทนซึ่งไม่มีการแต่งตั้ง เลยหรือไม่มีอำนาจที่จะกระทำแทนได้ เพราะเหตุที่ไม่มีความตกลงของตัวการหรือไม่มีการปฏิบัติตามแบบพิธีของกฎหมาย และหลักเกณฑ์นี้ส่วนมากจะใช้ใน เรื่องละเมิด ซึ่งมีลักษณะของการกระทำโดยการหลอกลวงเข้ามาเกี่ยวข้องรวมอยู่ด้วย กฎหมายจึงต้องปิดปากมิให้ตัวการโต้แย้งหรือแก้ตัวได้ ถ้าการกระทำของตนเองนั้นทำให้บุคคลที่สามต้องเปลี่ยนแปลงฐานะไปในทางที่เสียหาย ดังนั้นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในเรื่องตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากกล่าวโดยสรุปมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ ๆ อยู่ 2 ประการ คือ ⁶⁹

1. มีการเซิด (Hold Out) ของบุคคลคนหนึ่งต่อบุคคลอีกคนหนึ่งในสาระสำคัญ
2. ทำให้บุคคลที่สาม เปลี่ยนแปลงฐานะไปจากการหลงเชื่อการเซิดเช่นนั้น

ดังนั้นการเกิดขึ้นของตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนี้จะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับทฤษฎีการแสดงเจตนาที่ปรากฏออกมาภายนอก (The Objective Theory of Contract) ⁷⁰ ซึ่งบุคคลที่แสดงเจตนาอย่างใดออกมาโดยการแสดงออก และทำให้คู่สัญญา

⁶⁹ Joseph L. Frasca, C.P.A. Law Review, 4th ed, (Illinois: Richard D. Irsin Inc., 1972), P. 42.

⁷⁰ Warren A. Seavey, Handbook of the Law of Agency, P. 14.

อีกฝ่ายหนึ่งเข้าใจตามที่ตนได้แสดงออกมา บุคคลผู้แสดงเจตนาขึ้นต้องถูกผูกพันตาม เจตนาที่ตนได้แสดงออกมาโดยไม่ต้องพิจารณาจากเจตนาที่แท้จริงเลย แต่อย่างไรก็ตามตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนี้ก็มิใช่ตัวแทนที่เกิดจากความตกลงอย่างแท้ของกลุ่มสัญญา หรือเป็นตัวแทนที่มีได้เกิดจากสัญญา

ค.) โดยการแสดงให้ปรากฏซึ่งอำนาจของตัวการ

(By Apparent Authority or Ostensible Authority)

ตัวแทนประเภทนี้เกิดขึ้นได้โดยความประพฤดิหรือการ แสดงออกหรือประมาท เลิน เล่อของตัวการที่ทำให้บุคคลภายนอกเห็นว่า บุคคลหนึ่งเป็นตัวแทน ของตนซึ่งบุคคลนั้นจะเป็นตัวแทนมาก่อนหรือไม่ก็ตาม⁷¹ โดยแสดงให้เห็นว่า ตัวแทนนั้น มีอำนาจในการทำการตกลงหรือทำการแทนตนได้ ความประพฤดิหรือการ แสดงออกของตัวการ นี้ต้องเป็นกรณีที่แสดงต่อบุคคลที่สาม หรือบางกรณีอาจแสดงออกต่อสาธารณชนที่ตัวแทนอยู่ด้วย เพื่อให้ตัวแทนแสดงออกต่อบุคคลที่สามหรือเป็นการยินยอมให้ตัวแทนทำสัญญากับบุคคลที่สาม ภายใต้อุดการณที่แสดงว่าตัวแทนทำสัญญานั้น โดยมีอำนาจ⁷² ซึ่งใน เรื่องนี้จะ เห็นว่า ไม่มี การรับรองอย่างแท้จริงในการกระทำของตัวแทนในส่วนนั้น แต่เป็นกรณีที่ตัวการรู้และยินยอม ให้ตัวแทนแสดงออกหรือได้ เชิดตัวแทนออกแสดง เป็นตัวแทนโดยมีบุคคลที่สามได้หลง เชื่อโดย สุจริต⁷³ ก็เพียงพอแล้วโดยไม่ถึงกับต้องให้บุคคลที่สาม เปลี่ยนแปลงฐานะ เช่นหลัก เกณฑ์ของ ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก⁷⁴ แต่การ เชื่ออย่างสุจริตของบุคคลที่สามต้องมี เหตุผลอันสมควรด้วย

⁷¹ แต่กฎหมายของมลรัฐ Mississippi จะไม่ใช่หลักในเรื่องนี้ถ้าปรากฏว่า ความสัมพันธ์ทางสัญญาตัวแทนไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายไม่เกิดขึ้น (See American Jurisprudence "Agency"), P. 587.

⁷² Warren A. Seavey, Handbook of the Law of Agency, P. 13.

⁷³ Peter Hanaur, "Agency," American Jurisprudence, P. 584.

⁷⁴ W. Edward Sell, "Sell on Agency," P.5.

ในกรณีที่มีความสัมพันธ์ทางสัญญาตัวแทนกันมาก่อนแล้ว แต่ตัวการได้แสดงออกต่อบุคคลภายนอกหรือสมัครใจให้ตัวแทนอยู่ในฐานะที่ทำให้บุคคลที่สามที่ติดต่อกับตัวแทนมีเหตุผลอันสมควรว่าตัวแทนมีอำนาจกระทำการเช่นนั้นได้จะเป็น เรื่องการขยายอำนาจของตัวแทนออกไปอีกชั้นหนึ่ง⁷⁵ ไม่ใช่ เรื่องการเกิดขึ้นของตัวแทน เช่นการแต่งตั้งให้ตัวแทน เป็นผู้จัดการร้านค้า⁷⁶ เป็นต้น

ตัวแทนประเภทนี้จะเกิดขึ้นได้เฉพาะในเรื่องตัวการที่เปิดเผยชื่อหรือเปิดเผยชื่อบางส่วน (Partially Disclosed)⁷⁷ ส่วนในเรื่องตัวการไม่เปิดเผยชื่อ (Undisclosed Principal) จะไม่มีการเกิดลักษณะของตัวแทนเช่นนี้เกิดขึ้นเลย ก็เพราะเหตุที่บุคคลที่สามได้ทำการติดต่อกับตัวแทนโดยมุ่งหวังที่จะให้ตัวแทนนั้นเอง เป็นคู่สัญญาของตน ไม่ใช่ตัวการ

ตัวแทนโดยการแสดงให้ปรากฏซึ่งอำนาจของตัวการนี้มีใช้ตัวแทนที่เกิดจากความตกลงอย่างชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย ดังนั้นตัวแทนประเภทนี้จึงเป็นตัวแทนที่มีได้เกิดจากการแต่งตั้งประเภทหนึ่ง⁷⁸ ซึ่งมีส่วนที่คล้ายกับตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก (Agency by Estoppel) อยู่บ้าง กล่าวคือมีลักษณะของ "สารเชิด" รวมอยู่ด้วย⁷⁹

⁷⁵Price V. Old Label Liquor Co., 23 NJ Super 165 92A. 2d 806.

⁷⁶Filter V. Vernonia, 64 Or App 559, 669 P2d 350.

⁷⁷ เป็นกรณีที่บุคคลที่สามรู้ว่าตัวแทนได้กระทำการแทนตัวการหรืออาจจะกระทำการแทนตัวการ แต่บุคคลที่สามยังไม่รู้จักชื่อของตัวการ (See American Law Institute, Restatement of Agency, Sections 4 (2).

⁷⁸Ibid., Sections 8.

⁷⁹Roscoe T. Steffen, Agency-Partnership in a Nutshell, (St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1977), P. 128.

ดังนั้นตัวแทนประเภทนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นตัวแทนที่เกิดมาจากสัญญาอย่างหนึ่งโดยถือว่าเกิดมาจากทฤษฎีการแสดงเจตนาที่ปรากฏออกมาภายนอก (The Objective theory of Contract) โดยพิจารณาจากการแสดงออกของตัวการที่ทำให้บุคคลที่สามผู้รับการแสดงเจตนาและได้ทำคำสนองไป โดยมีเหตุผลอันสมควรตามที่ตัวการเสนอมาโดยการแสดงออก เช่นนั้นก็เพียงพอโดยไม่ต้องพิจารณาจากเจตนาที่แท้จริงของตัวการเลย⁸⁰ ดังนั้นถ้าตัวการได้แสดงออกต่อบุคคลที่สามว่าตนเองได้แต่งตั้งให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นตัวแทนของตนในการทำสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งที่แน่นอนแทนตนเองแล้ว และบุคคลที่สามได้กระทำสัญญานั้นกับตัวแทนโดยสุจริตแล้วถือว่าตัวการเป็นคู่สัญญากับบุคคลที่สามทันที และสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ที่มีต่อกันในกฎหมายลักษณะตัวแทนก็นำมาใช้บังคับได้ แม้ว่าแท้จริงแล้วตัวการจะไม่ได้มีเจตนาที่แท้จริงที่จะทำสัญญา เช่นนั้นกับบุคคลที่สามก็ตาม และแม้ว่าบุคคลที่สามยังไม่มี การเปลี่ยนแปลงฐานะก็ตาม ตัวการก็ต้องถูกผูกพันตามสัญญาที่บุคคลที่สามได้ทำกับตัวแทนนั้น

2.1.2 ตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ

การเกิดขึ้นของตัวแทน⁸¹ ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นได้อาศัยหลักในเรื่องสัญญามีผลผูกพันคู่สัญญา (Privity of Contract) เป็นหลัก⁸² กล่าวคือ เมื่อตัวการได้ตกลงยินยอมให้ตัวแทนทำกิจการแทนตนเองแล้วและตัวแทนได้ไปกระทำการกับบุคคลที่สามแล้ว

⁸⁰American Law Institute, Restatement of Agency, P, 32.

⁸¹คำว่า "ตัวแทน" (Agent) ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษมีความหมายรวมถึงบุคคลที่ทำสัญญาแทนตัวการกับบุคคลที่สาม เช่น นายหน้า (Broker), ลูกจ้าง (Servant), ตัวแทนค้าต่าง (Factor), ธนาคาร (Banker), ผู้ขายทอดตลาด (Auctioneer), ตัวแทนขายอสังหาริมทรัพย์ (Estate Agent), Del Credere Agent. (see P.W.D. Redmond, General Principles of English Law, 5thed (London: Macdonald and Evans Ltd., 1979), PP. 152-153.

⁸²M.P. Furmston, Law of Contract, (London: Butterworth, 1981). P. 421.

การนั้นก็มีผลผูกพันตัวการและแม้ว่าตัวแทนจะมีลักษณะ เป็นเพียงผู้ส่งข่าวสาร (Nuntius or Messenger) ก็ตาม โดยถือว่าตัวแทนมีอำนาจกระทำการแทนตัวการได้ก็เพราะการแสดง เจตนาออกมาเพียงฝ่ายเดียวของตัวการก็เพียงพอ⁸³ และนอกจากนั้นกฎหมาย Common Law ยังเห็นว่าสัญญาหรือความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทน (Internal Relationship) ไม่มีความสำคัญมากนัก เพราะถือว่าอำนาจของตัวแทนที่จะได้รับนั้นขึ้นอยู่กับเจตนาของตัวการ เท่านั้น^{84, 85} ดังนั้นจึงมีการแยกการเกิดขึ้นของตัวแทน เป็นหลายชนิดตามเจตนาของตัวการ ที่แสดงออกมา เช่น การแต่งตั้งตัวแทนโดยชัดแจ้ง (Express Appointment) การแต่งตั้ง ตัวแทนโดยปริยาย (Implied Appointment) เป็นต้น

นอกจากนั้นตัวแทนตามกฎหมายของประเทศอังกฤษนี้ยังไม่จำเป็นที่จะต้องถือว่าการกระทำแทนตัวการ หรือกระทำเพื่อตัวการ เป็นสิ่งสำคัญก็เพราะ เหตุว่ามีตัวแทนอยู่ประเภทหนึ่ง ซึ่งถือว่าเป็นเอกลักษณ์ของระบบกฎหมาย Common Law โดยแท้ คือตัวการไม่เปิดเผยชื่อ (Undisclosed Principal) ซึ่งก็ก่อให้เกิดสัญญาตัวแทนหรือใช้หลักเกณฑ์ของกฎหมายตัวแทน มาบังคับได้เช่นกัน ซึ่งถ้ามองดูอย่างผิวเผินแล้วจะเห็นว่าตัวแทนในความหมายของประเทศ อังกฤษนี้มีความหมายกว้างขวาง แต่แท้จริงแล้วหาเป็นเช่นนั้นไม่ เพราะคำว่า "ตัวแทน" หรือ "สัญญาตัวแทน" จะใช้เฉพาะในกรณีที่มีการกระทำของตัวแทนนั้นมีผลกระทบบต่อฐานะทาง

⁸³F.M.B. Reynolds, Bowstead on Agency, 15th ed. (London: Sweet & Maxwell Limited, 1985), P. 2.

⁸⁴Francois Rigaux, "Agency," International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 3, PP. 3-4.

⁸⁵ แต่ถ้าเป็นเรื่องสัญญาตัวแทน (Agency) แล้ว จะต้องมีการแสดงเจตนายอมรับ การเป็นตัวแทนของผู้ที่จะ เป็นตัวแทนด้วย เว้นแต่จะเป็น เรื่องของตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก (Agency by Estoppel), (See Eric Blackwood Wright , The Law of Principal and Agent, 2nd ed (London: Stevens and Sons, 1901), P. 34.)

กฎหมายของตัวการเท่านั้น การกระทำบางอย่างแม้จะเป็นลักษณะการทำการแทนแต่ถ้าไม่เกี่ยวกับฐานะทางกฎหมายของตัวการแล้ว ก็ไม่ใช่เรื่องของกฎหมายลักษณะตัวแทน เช่น การที่สามีให้ภรรยาไปงานแต่งงานของเพื่อนแทนตน เช่นนี้เป็นการสมาคมทางสังคมไม่เกี่ยวกับผลทางกฎหมายเกี่ยวกับฐานะของตัวการเลย เป็นต้น

2.1.2.1 โดยความตกลง (By Agreement)

ความยินยอม (Consent) ของตัวการและตัวแทนมีความสำคัญในการก่อให้เกิดสัญญาตัวแทน ซึ่งลักษณะของความยินยอมดังกล่าวจะเป็นความยินยอมร่วมกัน (Consensual) ระหว่างตัวการและตัวแทน ดังเช่น William Bowstead นักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษได้ให้นิยามของสัญญาตัวแทนว่า " เป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลสองคน โดยบุคคลหนึ่งได้แสดงความยินยอมโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย ให้บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำการกิจการแทนตนเองและบุคคลอีกคนนั้นก็แสดงความยินยอมในทำนองเดียวกัน⁸⁶ และนอกจากนั้น Lord Pearson ได้ตัดสินในคดี Garnac Grain Co Inc. V. HMF Faure and Fairclough Ltd. ในปี ค.ศ. 1967 ว่า ความสัมพันธ์ของตัวการและตัวแทนจะเกิดขึ้นได้ก็โดยอาศัย เฉพาะความยินยอมของตัวการและตัวแทนเท่านั้น และไม่ว่าคู่สัญญาจะรู้หรือ เข้าใจถึงความสัมพันธ์ของตนเองหรือไม่ก็ตาม ถ้าความสัมพันธ์นั้น เข้าลักษณะกฎหมายตัวแทนแล้ว ก็ถือว่าเป็นตัวการตัวแทนกันตามกฎหมาย

จากคำตัดสินนี้ดูเหมือนว่า เจตนาของคู่กรณีอาจจะไม่มีความสำคัญในการก่อให้เกิดสัญญาตัวแทนก็ได้ เพราะเหตุที่ว่าแม้บางครั้งคู่สัญญาดังใจทำสัญญากันอย่างอื่น แต่ถ้าความสัมพันธ์เช่นนั้น เข้าความสัมพันธ์ตามกฎหมายลักษณะตัวแทนแล้ว ก็เป็นเรื่องดังกล่าวได้ โดยพิจารณาจากพฤติการณ์ที่แวดล้อมความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญานั้น แต่ก็มีบางกรณีที่มีความยินยอม (Consent) ที่แท้จริงในการก่อให้เกิดสัญญาตัวแทนไม่สามารถที่จะนำมาใช้ในกฎหมายตัวแทนได้ เพราะมีบางกรณีการแสดงออกหรือความประพฤติ (Conduct) ของตัวการเพียงฝ่ายเดียวที่จะชี้ให้เห็นถึงความยินยอมหรือไม่แม้กระทั่งความยินยอม เช่นนั้น แต่กฎหมาย

⁸⁶F.M.B. Reynold, Bowstead on Agency, P. 1.

ก็บังคับให้เป็นเรื่องตัวแทนได้ เช่น ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก (Agency By Estoppel) และตัวแทนโดยความจำเป็น (Agency by Necessity) ดังนั้น หลัก "สัญญาส่งทอด" (Tranmissible Contract) ในสัญญาตัวแทนจึงใช้กับตัวแทนทุกประเภท ไม่ได้ อีกทั้งการเกิดของตัวแทนก็ไม่ได้ขึ้นกับความยินยอมของคู่สัญญาอีกแล้วแต่ขึ้นอยู่กับผลบังคับของกฎหมายมากกว่า⁸⁷

ดังนั้นในกฎหมายลักษณะตัวแทนของประเทศไทยนี้ แม้ว่า ความยินยอม (Consent) และสัญญาระหว่างตัวการและตัวแทนจะไม่ได้มีขึ้นก็ตาม แต่ก็ยังคงเป็นลักษณะของตัวแทนอยู่ ซึ่งเรียกว่า "ตัวแทนที่แต่งตั้งตนเอง" (Self-Appointed Agents)⁸⁸ ตัวแทนประเภทที่ไม่ได้เกิดจากความตกลงระหว่างกันนี้ก็ถือว่ามีหนี้ต่อกันโดยการบังคับของกฎหมาย⁸⁹ โดยไม่คำนึงว่าคู่กรณีจะได้ตกลงยินยอมกันมาก่อนหรือไม่ก็ตาม ซึ่งแท้จริงแล้วตัวแทนเหล่านี้ น่าจะจัดอยู่ในประเภทของ "กึ่งสัญญา" (Quasi-Contractual)⁹⁰ เพราะเหตุที่คู่กรณีไม่ได้มีสัญญาต่อกันแต่การปฏิบัติต่อกันนั้นได้กระทำเช่นว่ามีสัญญาต่อกัน เช่น การให้ตัวแทนส่งคืนทรัพย์สินที่ตนครอบครองอยู่ในขณะทำการ เป็นตัวแทนคืนแก่ตัวการ เมื่อความ

⁸⁷B.S.Markesinis and R.J.C. Munday, An out line of the Law of Agency, (London: Butterworths, 1979), P. 5.

⁸⁸House of Lord ได้ตัดสินไว้ในคดี Boardman V. Phipps [1967] 2 AC 46.

⁸⁹ในคดี Brook's Wharf V. Goodman [1937] 1KB 534, ได้ตัดสินว่า ศาลได้พิจารณาจากพฤติการณ์ต่าง ๆ เฉพาะคดีอย่างมีเหตุผลและยุติธรรมเพื่อจะให้เกิดหน้าที่ระหว่างตัวการและตัวแทนโดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ของคู่สัญญาซึ่งถือว่าเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นโดยผลบังคับของกฎหมายยิ่งกว่าเจตนาหรือความตกลงยินยอมของคู่สัญญา.

⁹⁰G.H.L. Fridman, The Law of Agency, 5th ed (London: Butterworths, 1983), P. 13.

เป็นตัวแทนสิ้นสุดลง หรือในกรณีที่มีสัญญาตัวแทนไม่ได้มีขึ้น⁹¹ เพราะว่าขาดการให้สิ่งตอบแทน (Consideration)⁹² แต่ก็ยังถือว่าเป็นตัวแทนโดยไม่มีบำเหน็จ (Gratuitous Agent) ก็ยังคงมีหน้าที่ต้องจัดทำกิจการที่ตนได้รับมอบหมายให้สำเร็จลุล่วงไปตามที่ได้ตกลงกันไว้ เช่นเดียวกับว่าได้มีสัญญาเกิดขึ้นระหว่างกันแม้ว่าแท้จริงแล้วสัญญาจะไม่ได้เกิดขึ้นก็ตาม

นอกจากนั้นในเรื่องความตกลงในการก่อให้เกิดสัญญาตัวแทนนี้ ก็ยังมีปัญหาในเรื่องความรับผิดในผลละเมิดของตัวการที่ตัวแทนได้ก่อขึ้น ซึ่งเป็นกรณีของความรับผิดเพื่อบุคคลอื่น (Vicarious Liability)⁹³ ที่ให้ตัวการต้องรับผิดในการทำกิจการที่ตนเองไม่ได้มอบหมายให้แก่ตัวแทนซึ่งกฎหมาย Common Law ของประเทศอังกฤษ ได้ใช้แนวความคิดของกฎหมายปิดปาก (Estoppel) มาบังคับใช้ในรูปแบบของอำนาจที่แสดงให้ปรากฏโดยตัวการ (Apparent Authority) เพื่อเป็นการอุดช่องว่างในปัญหาเรื่องความตกลงในการก่อให้เกิดสัญญาตัวแทนซึ่งทำให้ลักษณะของสัญญาตัวแทนจะมีลักษณะของการเกิดขึ้นของตัวแทน ซึ่งคล้ายกับในเรื่องหลักเกณฑ์ของละเมิดไป

⁹¹Ibid., P. 47.

⁹²Consideration ตามระบบกฎหมาย Common Law ของประเทศอังกฤษนั้น ถือว่าเป็นองค์ประกอบของสัญญาที่ไม่ต้องมีการประทับตรา (Underseal) อย่างหนึ่ง ซึ่งถ้าขาดซึ่ง Consideration แล้ว จะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ (See A.G. Guest, Anson's Law of Contract, 23th ed. (Oxford: Oxford University Press, 1971), PP. 80-83,

⁹³ในคดี Branwhite V. Worcester Works Finance Ltd., [1968]. 3 ALL ER 104 at 122 ได้กล่าวแนวความคิดของ Vicarious Liability นี้กว้างกว่า ในเรื่องสัญญาตัวแทนที่บุคคลสองคนได้ตกลงร่วมกันทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งมาก ดังนั้น การนำหลักนี้มาใช้ควรจะมีการศึกษาและพลิกแพลงใช้ให้เหมาะสม.

ก.) โดยความตกลงอย่างชัดแจ้ง (By Express Agreement)

ความตกลงอย่างชัดแจ้งนี้พิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญา ที่มุ่งหมายจะก่อให้เกิดสัญญาตัวแทนขึ้นโดยคู่สัญญาอาจจะแสดงเจตนาออกมาไม่ว่าโดยวาจา หรือทำเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งมีความหมายว่าตนเองได้ตกลงกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างไม่มีข้อสงสัยโดยแม้ว่าสัญญาที่แท้จริงจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็ตาม และอาจจะมีลักษณะของการแต่งตั้งตัวแทนเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เพราะเป็นเรื่องของกฎหมายที่ต้องการพยานหลักฐานในการพิจารณา คดี

ดังนั้น เมื่อตัวการและตัวแทนได้แสดงเจตนาตกลงกันแล้ว สัญญาตัวแทนก็เกิดขึ้น สิทธิและหน้าที่ที่มีตามกฎหมายก็ใช้บังคับได้โดยประเทศอังกฤษถือว่าการแต่งตั้งตัวแทนนั้นปกติไม่มีรูปแบบ⁹⁴ เว้นแต่มีกฎหมายกำหนดให้การตั้งตัวแทนนั้นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร (Writing) , ทำเป็นตราสาร (Deed) หรือต้องทำการประทับตรา (Seal) การตั้งตัวแทนก็ต้องทำในลักษณะนั้น ๆ ด้วย เช่น การตั้งตัวแทนเพื่อทำสัญญาเช่าที่ดินเกิน 3 ปี ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร⁹⁵ แต่การตั้งตัวแทนเพื่อทำการซื้อที่ดินไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร⁹⁶ หรือกรรมการผู้จัดการบริษัทที่ตั้งตัวแทนให้ลงชื่อในหนังสือชี้ชวนให้ซื้อหุ้น (Prospectus) ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย⁹⁷ เป็นต้น

ส่วนการตั้งตัวแทนที่ต้องทำเป็นตราสาร (Deed) หรือ ต้องประทับตรา (Seal) นั้น ขึ้นอยู่กับว่ากิจการที่ตัวแทนจะต้องไปกระทำนั้นต้องทำเป็น

⁹⁴ M P Furmston, Law of Contract, P. 424.

⁹⁵ Law of Property Act 1925, Section 54.

⁹⁶ Heard V. Pilley (1869) 4 ch App. 548.

⁹⁷ O.K. Metcalfe, General Principles of English Law, 9th ed. (London: Domington Press, 1974), P. 133.

ตราสาร (Deed) หรือไม่ ถ้าต้องทำ การแต่งตั้งตัวแทนก็ต้องทำเป็นตราสารด้วย^{98, 99} แต่มีบางกรณีที่ตัวการได้อยู่ในที่นั้นด้วยขณะที่ตัวแทนกำลังทำกิจการที่ต้องทำเป็นตราสาร (Deed) นั้น การแต่งตั้งอาจทำโดยเพียงวาจาหรือลงชื่ออนุญาตก็เพียงพอแล้ว ซึ่งบุคคลนั้นไม่ถือว่าเป็นตัวแทนตามกฎหมายแต่ถือว่าเป็นผู้ทำการเขียนแทนบุคคลอื่นเท่านั้น (Amanuensis)¹⁰⁰

ในส่วนของบริษัทจำกัดนั้น แต่เดิมนั้นการตั้งตัวแทน ต้องมีการประทับตรา (Seal) ด้วย แต่หลังจากปี ค.ศ. 1960 ซึ่งมีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติ The Corporate Bodies Contract Act 1960 แล้ว บริษัทจำกัดสามารถ ทำการตั้งตัวแทนได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาโดยทั่วไป ซึ่งอาจจะแต่งตั้งโดยวาจาก็ได้¹⁰¹

ดังนั้นในการพิจารณาเรื่องความตกลงอย่างชัดเจนนี้ ก็ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่กรณี และแบบของการแต่งตั้งมอบหมายที่กฎหมายต้องการด้วย ซึ่งแท้จริงแล้วใช้หลักในเรื่องสัญญาทั่วไปมาบังคับ¹⁰² แต่ก็มีบางกรณีที่ เป็นข้อยกเว้น เช่นการที่ไม่มี สิ่งตอบแทน (Consideration) หรือคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่มีความสามารถตามกฎหมาย

⁹⁸Berkeley V. Hardy (1862) 5B & C 355.

⁹⁹ตราสาร (Deed) ที่ตัวการได้แต่งตั้งมอบหมายนี้ก็คือ หนังสือมอบอำนาจ (Power of Attorney) ซึ่งต้องลงลายมือชื่อผู้มอบอำนาจและประทับตรา (Seal) พร้อมทั้งมีพยานสองคนลงลายมือชื่อรับรองด้วย (Powers of Attorney Act 1971 Section 1).

¹⁰⁰F.M.B. Reynolds, Bowstead on Agency, P. 48.

¹⁰¹G.H.L. Fridman, The Law of Agency, P. 49.

¹⁰²F.M.B. Reynolds, Bowstead on Agency, P. 41.

ข.) โดยความตกลงโดยปริยาย (By Implied Agreement)

ความตกลงโดยปริยายนี้พิจารณาจากการแสดงออกซึ่ง
 ความประพฤติ (Conduct) ทั้งของตัวการและตัวแทนซึ่งได้แสดงออกต่อกันและกัน กรณีเช่นนี้
 ศาลจะเป็นผู้พิจารณาจากพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องที่จะชี้ว่ามีความตกลงโดยปริยายเกิดขึ้น
 หรือไม่ แม้ว่าการแบ่งเช่นนี้จะไม่มีผลแตกต่างกับความตกลงโดยชัดแจ้ง (Express
 Agreement) ในทางกฎหมายก็ตาม แต่ก็เป็นการขยายขอบเขตการใช้กฎหมายลักษณะตัวแทน
 หรือเป็นการขยายผลบังคับของกฎหมายนั้นเอง

ในเรื่องนี้กฎหมายอังกฤษถือว่าต้องเป็น เรื่องกรณีที่ไม่มีความ
 ความตกลงโดยชัดแจ้งมาก่อน เพราะถ้ามีการตีความโดยชัดแจ้งเกิดขึ้นแล้ว ก็จะไม่
 พิจารณาในเรื่องความตกลงโดยปริยายอีก ลักษณะของการเกิดซึ่งความตกลงโดยปริยายนี้
 ส่วนมากจะเป็น เรื่องที่ตัวการแสดงออกหรือในทางปฏิบัติของตัวการ (Ordinary Usage)
 ทำให้ตัวแทนเข้าใจอย่างมีเหตุสมควรว่าตัวการได้มอบหมายให้ตนเองกระทำกิจการแทน และ
 ตัวแทนก็ได้ตั้งใจกระทำแทน¹⁰³ แต่การที่บุคคลหนึ่งกระทำแทนบุคคลอื่นโดยเข้าใจว่าเขาได้
 แต่งตั้งมอบหมายให้ตนเอง และบุคคลนั้นนิ่งเฉยเสีย เช่นนี้ จะถือว่าเป็นการตกลงโดยปริยาย
 ไม่ได้ เว้นแต่จะเป็น เรื่องการนิ่งใน เรื่องของสัญญาตัวแทน กฎหมายอังกฤษให้ความสำคัญ
 ต่อการแสดงเจตนาของตัวการมากกว่าตัวแทนซึ่งจะถือว่าเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของ
 ตัวการ (Unilateral Manifestation of Will) เท่านั้นที่จะก่อให้เกิดสัญญาตัวแทน
 ก็ว่าได้¹⁰⁴ ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น และยังไปกว่านั้นยังมีพระราชบัญญัติ The Enduring
 Power of Attorney Bill 1985 รับรองว่าหนังสือมอบอำนาจ (Power of Attorney)
 ให้ลงชื่อเฉพาะผู้มอบอำนาจก็เพียงพอแล้ว โดยไม่ต้องระบุหรือลงชื่อผู้รับมอบอำนาจก็ได้

¹⁰³ ในคดี Trent V. Hunt (1853) 9 Exch. 14 ตัดสินว่า ผู้จำนองที่ได้
 ครอบครองทรัพย์สินที่จำนองนั้นถือว่าเป็นตัวแทนโดยปริยายของผู้รับจำนองในการที่ผู้จำนอง
 ได้เอาทรัพย์สินนั้นให้บุคคลอื่นเช่า.

¹⁰⁴ F.M.B. Reynold, Bowstead on Agency, P. 44.

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ ทำให้ตัวแทนที่ทำการแทนตัวการโดยเข้าใจโดยปริยายเช่นนี้ จะเป็นเรื่องที่เสี่ยงอยู่ไม่น้อยในการเดาหรือคาดคะเนเอาจากความประหลาดหรือการแสดงออกของตัวการเช่นนั้น แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายตัวแทนของประเทศอังกฤษก็ยอมให้ตัวการให้สัตยาบันแก่กิจการที่ตนไม่ได้มอบหมายเลยได้ ซึ่งก็มีลักษณะคล้ายกับเรื่องการจัดการงานนอกสั่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย

ค.) โดยการให้สัตยาบัน (By Ratification)

ตัวแทนประเภทนี้เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนายอมรับเอากิจการที่ตัวแทนกระทำเกินขอบอำนาจ หรือในกรณีที่บุคคลนั้นไม่ได้รับการแต่งตั้งจากตัวการเลย ซึ่งถือว่าตัวแทนเป็นผู้ทำคำเสนอให้แก่ตัวการและตัวการก็ทำคำสนองโดยการให้สัตยาบันยอมรับเอากิจการนั้น¹⁰⁵ ในภายหลังและถือว่ากิจการที่ตัวแทนได้กระทำไป เช่นนั้นมีผล เช่นเดียวกับว่าตัวแทนได้รับมอบอำนาจมาแต่ต้น (Equivalent to an Antecedent Authority) การให้สัตยาบันนี้ตัวการสามารถให้สัตยาบันแก่การกระทำของตัวแทนได้ทั้งในเรื่องสัญญาและในเรื่องละเมิดหรืออาจจะ เป็นเรื่องที่ผิดกฎหมายก็สามารถให้สัตยาบันได้¹⁰⁶ แต่ต้องมีใช้เป็นกรณีที่เป็นโมฆะมาตั้งแต่ต้น¹⁰⁷

ในส่วนของการกระทำของตัวแทนที่จะก่อให้เกิดการให้สัตยาบันโดยตัวการนี้ก็ เป็น เช่นเดียวกับหลักของการเกิดขึ้นของตัวแทนโดยทั่ว ๆ ไป กล่าวคือตัวแทนต้องแสดงออกว่าได้กระทำการแทนตัวการและมีเจตนาจะให้การนั้นมีผลผูกพันตัวการด้วย

¹⁰⁵ Ibid., P. 52.

¹⁰⁶ Wilson V. Tumman (1843) 6 Man & G 236 at 242.

¹⁰⁷ P.W.D. Redmond, General Principles of English Law, P. 155.

นอกจากตัวแทนจะต้องมีเจตนากระทำการแทนตัวการแล้ว ในขณะที่ตัวแทนกระทำการเช่นนั้นต้องปรากฏว่า ตัวการต้องมีตัวตนอยู่จริงและมีความสามารถตามกฎหมายด้วย¹⁰⁸ และตัวการต้องมีใช่เป็นชนชาติศัตรู (Alien Enemy) ของประเทศอังกฤษ¹⁰⁹ เพราะมิฉะนั้นตัวแทนจะต้องรับผิดเป็นส่วนตัว โดยถือว่าในขณะที่ทำการแทนนั้นไม่มีตัวตนของผู้ที่ตัวแทนจะต้องทำการแทน จึงไม่เป็นองค์ประกอบเบื้องต้นของการที่ตัวการจะให้สัตยาบันได้ ในภายหลัง ในส่วนของบริษัทจำกัดนั้นได้มีพระราชบัญญัติ The European Communities Act 1972 มาตรา 9 (2) บัญญัติรองรับไว้เช่นกันว่า สัญญาที่ตัวแทนหรือบุคคลใดได้กระทำแทนบริษัทก่อนที่บริษัทจะก่อตั้งมีสภาพ เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายนั้นไม่มีผลผูกพันบริษัท ผู้กระทำแทน เช่นนั้นต้องรับผิดเป็นส่วนตัว

กรณีที่ผู้แทนของบริษัทจำกัดได้กระทำนิติกรรมนอกวัตถุประสงค์ของบริษัทจำกัด (Ultra Vires) ถือว่าเป็นโมฆะ¹¹⁰ บริษัทหรือผู้ถือหุ้นจึงไม่สามารถให้สัตยาบันแก่การนั้นได้

การให้สัตยาบัน ตัวการอาจแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ โดยอาจให้สัตยาบันแก่กิจการนั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้¹¹¹ แต่กฎหมายอังกฤษถือว่าการยอมรับหรือการให้สัตยาบันบางส่วนนั้นถือว่าได้ให้สัตยาบันแก่กิจการนั้นทั้งหมด เช่นกัน¹¹² สำหรับวิธีการให้สัตยาบันนั้นปกติไม่มีรูปแบบ เช่นกิจการที่ตัวแทนกระทำไปนั้นทำเป็นหนังสือ การให้สัตยาบันไม่ต้องกระทำเป็นหนังสือก็ได้¹¹³ แต่ถ้าการใดที่ตัวแทนกระทำไปนั้นได้ทำเป็น

¹⁰⁸ Kelner V. Baxter. (1866) 6 Man & G 236 at 242.

¹⁰⁹ Boston Deep Sea Fishing & Ice Co Ltd V. Farnham [1957] 3 ALL. ER 204.

¹¹⁰ Ashbury Railway Carriage and Iron Co. V. Riche (1875) L.R. 7 H.L. 653.

¹¹¹ Akef V. Turner [1926] G.L.R. 574 (N.Z.)

¹¹² Bristow V. Whitmore (1861) 9 H.L. Cas 391.

¹¹³ Maclean V. Dunn, (1828) 4 Bing. 722.

ตราสาร (Deed) การให้สัตยาบันต้องทำเป็นตราสารด้วยจึงจะมีผลเป็นการให้สัตยาบัน¹¹⁴ ตัวการจะให้สัตยาบันที่เป็นผลร้ายหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลที่สามไม่ได้ และการให้สัตยาบันนั้นต้องให้ภายในเวลาอันสมควร หลังจากที่ตัวแทนได้กระทำการไปแล้ว ถ้าตัวการให้สัตยาบันภายในเวลาไม่เหมาะสมถือว่าการให้สัตยาบันนั้นไม่มีผล เช่น ตัวการให้สัตยาบันแก่กรรมธรรม์ประกันอัคคีภัยที่ตัวแทนได้กระทำขึ้นโดยไม่มีอำนาจภายหลังที่ได้เกิดเพลิงไหม้แล้ว¹¹⁵ เป็นต้น และภายหลังที่ตัวการได้ให้สัตยาบันแล้ว จะเพิกถอนการให้สัตยาบันโดยไม่บอกกล่าวหรือได้รับความยินยอมจากบุคคลที่สามไม่ได้ และการให้สัตยาบันไม่ก่อให้เกิดอำนาจขึ้นใหม่แก่ตัวแทนอีก กล่าวคือ ตัวการยอมรับเฉพาะกิจการที่ตัวแทนได้กระทำไปแล้วเท่านั้น เช่น ผู้จัดการได้กู้เงินเกินอำนาจของตนเองที่จะกระทำได้ แต่ผู้ถือหุ้นได้ให้สัตยาบันแล้ว ภายหลังผู้จัดการนั้นจะกู้เงินเกินอำนาจของตนเองอีกไม่ได้¹¹⁶

2.1.2.2 โดยการบังคับของกฎหมาย (By Operation of Law)

ตัวแทนประเภทเหล่านี้ไม่ได้เกิดจากความตกลง (Consent) หรือการแสดงออกของตัวการเลย¹¹⁷ แต่เป็นเรื่องการกระทำของบุคคลหนึ่งนั้นได้กระทำไปโดยไม่ได้รับอำนาจหรือแต่งตั้งจากตัวการเลย แต่กฎหมายได้บังคับให้มีลักษณะของสัญญาตัวแทนเกิดขึ้น เพื่อให้มีผลผูกพัน หรือให้บุคคลที่ถูกกระทำแทนนั้นต้องมีส่วนรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลที่กระทำการแทนนั้นโดยถือว่าเป็นการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่กระทำการ เช่นตัวแทนนั้น และเพื่อคุ้มครองบุคคลที่สามด้วย ตัวแทนโดยการบังคับของกฎหมายนี้แบ่งแยกตามลักษณะของการเกิดได้ดังนี้คือ

¹¹⁴Hunter V. Parker, (1840) 7 M & W. 322.

¹¹⁵Grover & Grover Ltd. V. Matthews, (1910) 2 KB 401.

¹¹⁶Irvine V. Union Bank of Australia (1877) 2 App. Cas. 366.

¹¹⁷G.H.L. Fridman, The Law of Agency, P. 116.

ก.) ตัวแทนโดยความจำเป็น (Agency By Necessity)

ตัวแทนประเภทนี้อาจเกิดขึ้นโดยมีสัญญาตัวแทนกันมาก่อนหรือไม่ก็ตาม¹¹⁸ ส่วนนี้จะพิจารณาเฉพาะกรณีที่ไม่ม่ลักษณะสัญญาตัวแทน หรือไม่มีการแต่งตั้งมอຍหมายกันมาก่อน¹¹⁹ เท่านั้น โดยถือว่าเมื่อบุคคลหนึ่งได้กระทำแทนอีกบุคคลหนึ่งในพฤติการณ์ที่เป็นเรื่องฉุกเฉิน และมีความจำเป็นอย่างยิ่งกล่าวคือ ในขณะที่มีเหตุการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้นบุคคลผู้กระทำการแทนนั้นไม่สามารถติดต่อกับบุคคลที่เป็นตัวการได้อย่างแท้จริง (Impossible Communicate with the Principal) และมีความจำเป็นต้องกระทำเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตัวการเท่านั้น โดยพิจารณาความคิดเห็นของตัวแทน เข้าด้วยว่ามีความจำเป็นแค่ไหนเพียงไร . แต่อย่างไรก็ดี การถือเอาความรู้สึกของวิญญูชนโดยทั่วไปว่า แค่นั้น เพียงไร เป็นความจำเป็นก็เป็นการเพียงพอแล้ว¹²⁰ อีกทั้งตัวแทนต้องกระทำการโดยสุจริตด้วย

ตัวแทนโดยความจำเป็นในลักษณะนี้ ส่วนมากจะเป็นเรื่องของกรณีที่บุคคลหนึ่งได้ทำการคุ้มครองทรัพย์สิน หรือคุ้มครองสุขภาพหรือชีวิตของบุคคลมากกว่า เช่น พนักงานรถไฟได้ขายสินค้าที่ใจทกส่งไปทางรถไฟเสีย เพราะเหตุว่ามีการนัดหยุดงานของพนักงานรถไฟ และสินค้านั้นจะเน่าเสียหาย เช่นนี้ถือว่าพนักงานรถไฟเป็นตัวแทนโดยความจำเป็นของใจทก¹²¹ แต่กรณีที่ไม่มีความจำเป็นก็ไม่ถือว่าเป็นตัวแทนนี้ได้ เช่น คนขับรถประจำทางได้เมาสุราและไม่สามารถขับรถไปได้ ผู้โดยสารคนหนึ่งจึงทำหน้าที่ขับแทนโดย

¹¹⁸ Hailsham of St. Marylebone, Halsbury's Laws of England, Vo. 1. 4th ed (London: Butterworths, 1973), P. 432.

¹¹⁹ ลักษณะเช่นนี้มีลักษณะคล้ายกับการจัดการงานนอกสั่ง (Negotiorum Gestio) ในกฎหมายโรมัน ซึ่งถือว่าเป็น Quasi-Contract (See. F.M.B. Reynolds , Bowstead on Agency, P. 87.

¹²⁰ Tetley & Co. V. British Trade Corp. (1922) 10 LI. L. Rep 678.

¹²¹ Sun & Co. V. Midland Rly Co. (1913) 1 KB 103

ความสมัครใจของเขาเอง¹²² หรือนายแพทย์หรือพยาบาล เป็นตัวแทนโดยความจำเป็นของ
เทศบาลนครนั้นในการรับผู้ป่วยที่หมดสติ เพราะได้รับอุบัติเหตุไว้ทำการรักษา¹²³

สำหรับหญิงมีสามีที่ถูกละทิ้งร้างไปนั้น แต่เดิมกฎหมาย
Common Law ของประเทศอังกฤษถือว่าเป็นตัวแทนโดยความจำเป็นประเภทหนึ่งในการที่
ภรรยาจะต้องซื้อสิ่งของ หรือเครื่องใช้สอยภายในบ้านที่จำเป็นสำหรับตนเองและบุตร แต่
ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติ Matrimonial Proceedings and Property Act 1970
ได้ยกเลิกถือว่าภรรยาที่สามีทิ้งร้างนั้นไม่ถือว่าเป็นตัวแทนโดยความจำเป็นของสามีอีกต่อไป¹²⁴
แต่อย่างไรก็ตาม กรณีเช่นเดียวกันนี้ ภรรยาก็ยังคงเป็นตัวแทนของสามีได้อยู่เช่น ซึ่งจะ
กล่าวในหัวข้อต่อไป

ในส่วนของตัวแทนโดยความจำเป็นที่มีสัญญาตัวแทนกันมาก่อน
แล้วนั้น การที่ตัวแทนได้กระทำการโดยความจำเป็นในเหตุฉุกเฉินนั้น เป็นเรื่องอำนาจโดย
ปริยาย (Implied Authority) ซึ่งจะได้กล่าวถึงในหัวข้อเรื่องอำนาจของตัวแทน

ข.) ตัวแทนที่เกิดจากการอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยา
(Agency from Cohabitation)

หญิงที่ทำการสมรสกับชายตามกฎหมายในขณะที่ได้อยู่อาศัย
ร่วมกัน หรือหญิงที่สมรสและถูกสามีทิ้งร้างถือว่าเป็นตัวแทนประเภทนี้ เพราะเกิดจากความ
สัมพันธ์ที่ได้อยู่ร่วมกันกับสามีนั้นเอง¹²⁵ แต่ไม่ได้ถือตัวแทนประเภทนี้เกิดจากการสมรสตาม
กฎหมายเท่านั้น กล่าวคือ แม้หญิงที่ไม่ทำการสมรสกับชายให้ถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม ถ้า
ปรากฏว่ามีความสัมพันธ์ในการอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยาแล้วก็ถือว่าเป็นตัวแทนประเภทนี้เช่นกัน

¹²²Gwilliam V. W Twist, (1895) 2 QB 84.

¹²³Samilo V. Phillips, (1969) 4 DLR 695.

¹²⁴G.H.L. Fridman, The Law of Agency, P. 117.

¹²⁵Ibid., P. 126.

โดยถือว่าหญิงนั้นมีฐานะ เท่าเทียมกับภรรยาตามกฎหมาย ตามกฎหมายลักษณะตัวแทน¹²⁶ อย่างไรก็ดีแม้ว่าหญิงนั้นจะไม่ถือว่าเป็นตัวแทนโดยความจำเป็น แต่ลักษณะและกิจการที่หญิงนั้นต้องไปกระทำนั้นต้องมีลักษณะของความจำเป็น เป็นองค์ประกอบด้วย¹²⁷ กล่าวคือมีความจำเป็นที่จะต้องซื้อสินค้าเชื่อในนามของสามีเพื่อใช้สอยภายในบ้าน หรือเพื่อบุตรของตนเอง ด้วย เช่น เสื้อผ้าที่ใช้ในการสวมใส่ อาหาร ยารักษาโรค หรือการจ้างคนใช้ภายในบ้าน แต่ต้องมีใช้สิ่งของที่จำเป็นและเป็นของหุ่มเพื่อย หรือมิได้นำมาใช้สอยภายในบ้าน เช่น ภรรยาที่พักอาศัยอยู่กับสามีในโรงแรมและได้ซื้อสิ่งของที่จำเป็นมาใช้ ไม่ถือว่าเป็นตัวแทนของสามี เพราะว่สิ่งของนั้นมิได้นำมาใช้ภายในบ้านหรือภายในครอบครัว¹²⁸

สำหรับภาระในการพิสูจน์ว่าสินค้าหรือสิ่งของใดมีความจำเป็นหรือไม่นั้น พ่อค้าหรือผู้ขายของเชื่อให้หญิงหรือภรณยานั้นเป็นผู้พิสูจน์ต่อศาล แต่ถ้าปรากฏว่าสามีได้ทำการบอกกล่าวผู้ขายสินค้านั้นแล้วว่ามีให้ขายแก่ภรรยาของตน หรือแสดงว่าสินค้าชนิดนั้น ๆ ภรรยาของตนได้รับหรือมีเพียงพอแล้ว เช่นนี้สามีหรือชายนั้นไม่ต้องรับผิดชอบด้วย แต่ถ้าพ่อค้าหรือผู้ขายพิสูจน์ได้ว่าสิ่งของหรือสินค้านั้นมีความจำเป็นดังกล่าวแล้ว สามีหรือชายนั้นต้องรับผิดชอบไม่เฉพาะชนิดของสินค้าเท่านั้น แต่ยังคงรับผิดชอบถึงจำนวน¹²⁹ ของสินค้าที่ภรรยาของตนได้ซื้อเชื่อไปด้วย

ตัวแทนที่เกิดขึ้นโดยผลบังคับของกฎหมายนี้ ยังมีความหมายรวมถึงผู้อนุบาลที่ศาลได้ตั้งขึ้น เพื่ออนุบาลบุคคลวิกลจริต¹³⁰ และผู้ริเริ่มก่อการบริษัทจำกัด

¹²⁶ Ryan V. Sams, (1848) 12 QB 460.

¹²⁷ B.S. Markesinis and R.J.C. Munday, An Outline of the Law of Agency, PP. 45-46.

¹²⁸ Debenham V. Mellon, (1880) 6 App. Cas 24.

¹²⁹ M P. Furmston, Law of Contract, P. 430.

¹³⁰ Plumpton V. Burkinsaw, (1908) 2 K.B. 572.

ซึ่งยังไม่มีสภาพ เป็นนิติบุคคล¹³¹ อีกด้วย

ค.) โดยกฎหมายปิดปาก (By Estoppel)

ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากของประเทศอังกฤษนี้ได้ใช้หลักกฎหมายปิดปาก (Estoppel) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ใช้ได้ในเรื่องทั่ว ๆ ไป มาบังคับใช้ในกฎหมายลักษณะตัวแทนโดยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายปิดปากโดยความประพฤตินอกเหนือจาก (Estoppel By Conduct) เป็นการปิดปากในการแสดงออกซึ่งความประพฤตินอกเหนือจากของการกระทำที่ทำให้บุคคลที่สามหลงเชื่อว่าเป็นตัวแทนได้แต่งตั้งหรือมอบอำนาจให้แก่ตัวแทน แม้ว่าความจริงตัวแทนจะไม่ได้มีเจตนาเช่นนั้น แต่ก็ตามตัวแทนต้องรับผิดชอบ แต่ก็ยังมีอีกกรณีหนึ่งซึ่งเป็นการปิดปากเช่นเดียวกัน แต่เป็นการปิดปากตัวแทนโดยเฉพาะ กล่าวคือ เป็นเรื่องกฎหมายปิดปากโดยการกระทำการเป็นตัวแทน (Estoppel by Representation)¹³² ซึ่งถือว่า เมื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้กระทำการเป็นตัวแทน และได้กระทำกับอีกบุคคลหนึ่งไม่ว่าจะโดยการกล่าวการกระทำหรือโดยความประพฤตินอกเหนือจากซึ่งภายใต้หน้าที่ของการกระทำเป็นตัวแทนแล้ว มีหน้าที่ที่จะต้องพูดหรือกระทำ และไม่ว่าจะโดยการนิ่งหรืออยู่เฉย ๆ จะโดยเจตนาหรือข้อสันนิษฐานก็ตาม และผลจากการกระทำนี้ได้เป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้เชื่อในการกระทำเป็นตัวแทนนั้น และได้เปลี่ยนฐานะจากเดิมจนเกิดความเสียหาย ดังนั้นผู้กระทำการเป็นตัวแทนนี้จะถูกปิดปากมิให้กล่าวอ้างเป็นอย่างอื่น แต่ในที่นี้จะขอกกล่าวถึงกรณีกฎหมายปิดปากที่ใช้กับตัวแทนเท่านั้น เพราะการปิดปากที่ใช้ระหว่างคู่สัญญาเองนั้นมีมากมายหลายประการ มิใช่เฉพาะแต่กฎหมายปิดปากโดยการกระทำการเป็นตัวแทนเท่านั้น

¹³¹ F.M.B. Renolds, Bowstead on Agency, P. 90.

¹³² พงษ์อำจ ศรีกิจวัฒนากุล, "กฎหมายปิดปาก" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต

สำหรับสาเหตุที่เกิดตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก (Agency by Estoppel) นี้มีเหตุผลเบื้องต้นมาจากเจตนารมณ์ในกฎหมายลักษณะตัวแทนเอง โดยถือตามทฤษฎีที่ว่าตัวการไม่ต้องรับผิดชอบในสัญญาที่ตนเองไม่ได้ยินยอมหรือมอบอำนาจให้แก่ตัวแทน เช่นนั้น¹³³ ซึ่งทฤษฎีนี้อาจถือได้ว่าเป็นทฤษฎีที่สนับสนุนให้มีการตกลงร่วมกัน (Mutual Consent) ในระหว่างตัวการและตัวแทนก่อน เพื่อให้มีสัญญาตัวแทนเกิดขึ้นก่อนที่ตัวแทนจะได้ทำการกับบุคคลที่สามต่อไป ทฤษฎีดังกล่าวนี้จะใช้ไม่ได้เลยถ้ายอมให้ตัวการอ้างเจตนาของตนเองขึ้นต่อสู้กับบุคคลที่สามว่าแท้จริงตนเองไม่ได้มีเจตนาที่จะมอบอำนาจหรือแต่งตั้งตัวแทนเลย ดังนั้นวิธีที่จะไม่ให้ตัวการปฏิเสธ เช่นนั้นได้ในเมื่อตัวเองได้แสดงออก เป็นนัยให้บุคคลที่สามเห็นว่าตนเองได้แต่งตั้งหรือมอบหมายให้ตัวแทนกระทำการแทนตน ศาลประเทศอังกฤษในศตวรรษที่ 19 จึงได้วางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนของกฎหมายปิดปากมาใช้ในกฎหมายตัวแทนในคดี Pole V. Leask (1863) โดยได้กล่าวว่า "การที่บุคคลใดได้แสดงออกซึ่งความประพฤติของตนเอง เป็นเหตุให้บุคคลอื่น เชื่อว่า เขาได้แต่งตั้งบุคคลหนึ่งเป็นตัวแทนของเขาและรู้ว่าบุคคลนั้นได้กระทำการแทนเขา แต่ก็มีได้ เข้าขัดขวาง ต้องถูกปิดปากมิให้โต้แย้งว่าแท้จริงแล้วบุคคลนั้นมีใช้ตัวแทนของตน" ซึ่งแต่เดิมนั้นศาลอังกฤษถือว่า ลักษณะดังกล่าวนี้เป็นส่วนหนึ่งของความตกลงโดยปริยายหรือเป็นสัญญาโดยปริยาย (Implied Contract)¹³⁴ โดยถือว่าเป็นการแสดงเจตนาของตัวการอย่างหนึ่งซึ่งพิจารณาจากการแสดงออกซึ่งความประพฤติของตัวการเองว่าได้ยินยอมตกลงให้ตัวแทนกระทำการเช่นนั้นได้ และก็บังคับตามกฎหมายลักษณะของตัวแทน เช่นเดียวกับตัวแทนที่เกิดจากสัญญาโดยทั่วไป แต่ต่อมาก่อนที่หลักเกณฑ์กฎหมายปิดปากจะนำมาใช้ในกฎหมายลักษณะตัวแทนนั้น ได้มีการอ้างเจตนาที่แท้จริงของตัวการว่าที่แสดงออกนั้นมีใช้เป็นการต้องการให้มีการแต่งตั้งตัวแทนโดยปริยาย เช่นนั้น ซึ่งผลเสียหาย เกิดแก่บุคคลที่สามมากกว่าจึงไม่ยอมให้ตัวการอ้างเจตนาที่แท้จริงของตนได้อีกต่อไป โดยการนำกฎหมายปิดปากมาใช้นั่นเอง

¹³³ S.J. Stoljar, The Law of Agency, (London: Sweet & Maxwell, 1961), P. 26.

¹³⁴ G.H.L. Fridman, The Law of Agency, 5th ed. (London: Butterworths, 1983), P. 51.

แต่อย่างไรก็ตามในปี ค.ศ. 1787 ก็ได้มีการวาง

หลักกฎหมายปิดปากในคดี Lickbarrow V. Mason ไว้ก่อนแล้วว่าการที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ที่แท้จริงในทรัพย์สินได้แสดงออกว่าบุคคลอีกคนหนึ่ง เป็น เจ้าของกรรมสิทธิ์ และบุคคลนั้นได้จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินนั้นไป เจ้าของกรรมสิทธิ์ที่แท้จริงต้องถูกปิดปากมิให้อ้างขึ้นต่อสู้แก่บุคคลที่สามได้ ในคดีนี้ไม่เป็นการวินิจฉัยปัญหาเรื่องกฎหมายตัวแทนโดยตรง แต่เป็นการวินิจฉัยตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินมากกว่า และก็ถือว่ากฎหมายปิดปากในการกระทำเช่นนี้ เป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า "ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน"¹³⁵ นั้นเอง

ตัวแทนประเภทนี้นักนิติศาสตร์ของประเทศอังกฤษส่วนมาก

เห็นว่าไม่ได้เกิดจากผลการบังคับของกฎหมาย (By Operation of Law) เช่นเดียวกับตัวแทนโดยความจำเป็น (Agency by Necessity) หรือ ตัวแทนที่เกิดจากการอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยา (Agency by Cohabitation) ก็เพราะเหตุที่ว่าตัวแทนที่เกิดจากผลบังคับของกฎหมายนั้นจะไม่มี ความตกลงระหว่างตัวการและตัวแทนเลย อีกทั้งบุคคลที่สามที่เข้ากระทำการกับผู้ที่เป็นตัวแทนนั้นก็ได้หลงเชื่อในการแสดงออกว่าเป็นตัวการและตัวแทนกันเลย แต่กฎหมายบังคับให้บุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ที่เป็นตัวแทนนั้นต้องรับผิดชอบในผลการกระทำของตัวแทนในฐานะตัวการด้วย แต่ในเรื่องตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนั้นจะมีการหลงเชื่อของบุคคลที่สามในการแสดงออกซึ่งความตกลงเป็นนัย ๆ ระหว่างตัวการและตัวแทนด้วย ซึ่งความสัมพันธ์ เช่นนี้ทำให้บุคคลที่สามได้หลงเชื่อว่าการแต่งตั้งมอบหมายกัน ซึ่งแท้จริงแล้วไม่มีความประสงค์ เช่นนั้นของตัวการเลย แต่ตัวการต้องรับผิดชอบตามหลักของกฎหมายปิดปาก มิใช่โดยผลบังคับของกฎหมาย¹³⁶ การที่นักนิติศาสตร์ของประเทศอังกฤษได้แยก เช่นนี้ก็คงจะเป็นเพราะ เพื่อจะไม่ให้การใช้กฎหมายตัวแทนผิดพลาดและแคบเกินไป จึงแบ่งลักษณะของการเกิดขึ้นของตัวแทนไว้อย่างเป็นระบบและเป็นระเบียบ เพื่อการเข้าใจถึงลักษณะพื้นฐานเบื้องต้นของกฎหมายลักษณะตัวแทนไว้เป็นอย่างดี

¹³⁵ Ibid., P. 111.

¹³⁶ Ibid., P. 15.

แต่อย่างไรก็ตามตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนี้มีลักษณะ

ใกล้เคียงกับตัวแทนที่เกิดจากความตกลงโดยการแสดงออกซึ่งความประพฤติ หรือการกระทำของคู่สัญญา¹³⁷ (โดยปริยาย) แต่ในเรื่องความตกลงซึ่งแสดงออกโดยความประพฤติของคู่สัญญานั้น เป็นลักษณะที่มีความสัมพันธ์ตามสัญญาตัวแทนเกิดขึ้นแล้วโดยตัวแทนมีเจตนาที่จะให้เกิดความสัมพันธ์เช่นนั้นขึ้นมา แต่ไม่ขัดแจ้งกฎหมายจึงขยายขอบเขตของความตกลงออกไปเพื่อให้มีผลในการก่อให้เกิดความสัมพันธ์ตามสัญญาตัวแทนขึ้นมา แต่ในเรื่องตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนั้นไม่ลักษณะของความตกลงหรือความยินยอมอย่างแท้จริงเลย (True Consent) แต่เป็นการใช้หลักกฎหมายปิดปากมาบังคับมิให้ตัวการกล่าวอ้างว่าการกระทำที่ตนแสดงออกนั้นแท้จริงแล้วตนเองมิได้มีเจตนาเช่นนั้น เพื่อเป็นการบรรเทาหรือลดใช้ความเสียหายที่ได้เกิดขึ้นแล้วกับบุคคลที่สาม ซึ่งหลักกฎหมายปิดปากที่นำมาใช้ในกฎหมายลักษณะตัวแทนของประเทศอังกฤษนี้ก็มีเหตุผลอีกประการหนึ่งดังเช่นในคดี Branwhite V. Worcester Works Finance Ltd., (1968) ได้อธิบายว่า "หลักกฎหมายปิดปาก (Estoppel) เป็นการอุดช่องว่างในกฎหมายลักษณะตัวแทนได้ในกรณีที่ไม่ปรากฏว่าคู่สัญญาได้มีความยินยอม หรือความตกลงกัน ซึ่งเป็นการให้ตัวการรับผิดชอบ เช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะละเมิดนั่นเอง" จากการตัดสินใจในคดีนี้ ทำให้เห็นชัดว่ากฎหมายปิดปากที่ใช้กับกฎหมายลักษณะตัวแทนนี้น่าจะเกิดมาจากการกระทำของตัวการ ซึ่งเป็นการละเมิดต่อบุคคลที่สามโดยนำหลักกฎหมายในเรื่องละเมิดมาปรับใช้เพื่อให้ตัวการมีความรับผิดชอบต่อการกระทำของตัวแทนที่ตัวการได้แสดงออกโดยถือว่าเป็นการหลอกลวงบุคคลที่สาม

ดังนั้นตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากนี้จึงหมายถึงการที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่ว่าโดยวาจา หรือแสดงออกซึ่งความประพฤติว่ามีบุคคลอีกคนหนึ่งเป็นตัวแทนของตนและบุคคลที่สามได้เข้าทำการกับตัวแทนนั้น เช่นเดียวกับว่าตัวการได้แต่งตั้งแล้ว ภายหลังตัวการจะปฏิเสธการแสดงออกของตัวแทนนั้นไม่ได้ เพราะบุคคลที่สามได้เกิดความเสียหายขึ้นแล้ว และตัวการต้องอยู่ในฐานะเช่นเดียวกับว่าตนเองได้แต่งตั้งตัวแทนนั้นจริง ๆ เหตุผลที่ทำให้ผู้ที่แสดงออกเช่นนั้นต้องตกอยู่ในฐานะตัวการ (Principal) ก็เพราะว่าบุคคลนั้นได้

¹³⁷ Ibid., P. 14.

กำหนดฐานะให้แก่บุคคลอื่น ซึ่งทำให้บุคคลอื่นนั้น เข้าใจ เช่นนั้น และได้กระทำการแทนบุคคลที่ได้กำหนดฐานะ เช่นนั้นให้แก่ตน และอีกประการหนึ่งก็คือการขึ้นอยู่กับลักษณะของการที่ได้แสดงออกต่อบุคคลภายนอกและบุคคลภายนอกก็ได้เข้าไปเกี่ยวข้องทำกิจการด้วย ถือว่าบุคคลนั้น เป็นตัวการได้ เขตบุคคลอีกคนหนึ่งเป็นตัวแทนของตนและตัวแทนนั้นมีอำนาจ Ostensible Authority หรือ Apparent Authority¹³⁸

ลักษณะของตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากมี 2 ประเภท

1. ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากที่ไม่มีการแต่งตั้งกันอย่างเป็นทางการแต่จริงมาก่อน กล่าวคือ เป็นกรณีที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางลักษณะของตัวแทนมาก่อนเลย หมายความว่าตัวแทนนั้นไม่มีอำนาจใด ๆ ทั้งสิ้นในการที่จะกระทำการแทนตัวการได้เลย แต่ลักษณะของการแสดงออกของตัวการทำให้ตัวแทนและบุคคลที่สามเข้าใจว่ามีการแต่งตั้งมอบหมายกันแล้ว เช่น เจ้าของสินค้าที่ยินยอมให้ X ครอบครองสินค้าหรือครอบครองเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในสินค้านั้นไว้ และ X ได้จัดการจำหน่ายสินค้านั้นไป แม้ว่าเจตนาของเจ้าของสินค้าจะไม่มีเจตนาที่จะให้ X เป็นตัวแทนในการขายสินค้านั้นก็ตาม เจ้าของสินค้าก็ยอมเสียกรรมสิทธิ์ในสินค้านั้นไป เช่นเดียวกับว่าได้แต่งตั้ง X เป็นตัวแทนของตน กรณีนี้ถือว่าความสัมพันธ์ทางลักษณะตัวแทนได้ถูกสร้างขึ้นโดยกฎหมายนั่นเอง (Agency Relation is Created by Law)

2. ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากที่มีความสัมพันธ์ทางลักษณะของสัญญาตัวแทนมาก่อนแล้ว แต่เป็นเรื่องของอำนาจ (Authority) ของตัวแทนได้ถูกจำกัดไว้โดยความตกลงของคู่สัญญา ถ้าตัวแทนกระทำการเกินอำนาจที่ได้จำกัดไว้วันนั้นก็ฝ่าหลักกฎหมายปิดปากมาบังคับใช้ได้เหมือนกันและถือว่าการนั้นได้ผูกพันตัวการด้วยโดยตัวแทนมีอำนาจ Apparent Authority หรือ Ostensible Authority เช่นกัน และอำนาจนี้เป็นอำนาจที่เสริมเพิ่มเติมอำนาจที่แท้จริง (Actual Authority) ที่ตัวแทนได้รับมาก่อนแล้ว ดังนั้นขอบเขตของความสัมพันธ์ทางสัญญาตัวแทนก็ครอบคลุมถึงกิจการที่ตัวการมิได้มอบหมายให้แก่ตัวแทนด้วย และแม้ว่าตัวแทนจะกระทำเพื่อผลประโยชน์โดยเฉพาะตัวแทนก็ตาม หรือตัวแทนจะทำการ

¹³⁸ Ibid., P. 98.

เป็นปฏิปักษ์ต่อผลประโยชน์ของตัวการก็ตาม¹³⁹ ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปากประเภทนี้ เป็น การขยายความสัมพันธ์ของตัวการและตัวแทนที่เกิดขึ้นแล้ว (Agency Extended by Estoppel) ให้ขยายกว้างออกไปอีก

2.1.3 ตามหลักกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น

กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นที่จะนำมา เปรียบเทียบก็คือ 'ประมวลกฎหมายแพ่ง ของประเทศญี่ปุ่น (The Civil Code) ซึ่งมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับบทบัญญัติในลักษณะตัวแทน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย แต่ในส่วนประมวลกฎหมายพาณิชย์ของ ญี่ปุ่น (The Commercial Code) นั้นจะขอไม่นำมากล่าวเปรียบเทียบในที่นี้ เพราะบทบัญญัติ ในลักษณะตัวแทนนั้นจะมีลักษณะที่เป็น เรื่องของตัวแทนค้าต่าง (Commercial Agency) ทั้งสิ้น และไม่มีลักษณะ เช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของ ประเทศไทย เลย

หลักกฎหมายตัวแทน (Representation) ของประเทศญี่ปุ่นนี้จะเน้นใน การให้ความสำคัญกับการแสดงเจตนาของตัวการ (Honjin); ตัวแทน (Representative or Dairi-nin) และบุคคลที่สามด้วย โดยถือว่าตัวแทนเป็นผู้นำการแสดงเจตนาของตัวการ ไปสู่บุคคลที่สาม และในทำนองที่กลับกัน เจตนาของบุคคลที่สามก็ย่อมมาสู่ตัวการโดยผ่านทาง ตัวแทนเช่นกัน และโดยเหตุนี้เองจึงถือว่าการกระทำของตัวแทนที่ได้กระทำภายในขอบอำนาจ หรือภายใต้การมอบหมาย (Mandate) นั้น เป็นการกระทำของตัวการและของตัวแทนร่วมกัน ตามทฤษฎีทั่วไปของกฎหมายตัวแทน ซึ่งเรียกตัวแทนชนิดนี้ว่า "Representation by Mandate" แต่ก็มีตัวแทนอีกประเภทหนึ่งที่อาจจะมีความบกพร่องในการแสดงเจตนาหรือ ความไม่สมบูรณ์ในเรื่องความสามารถก็ตาม แต่กฎหมายก็บังคับให้ถือว่าเป็นการกระทำของ

¹³⁹ Lloyd's Bank Ltd. V. Chartered Bank of India, Australia and China, 1929.

ตัวการด้วย ซึ่งเรียกว่า "Legal Representation" กฎหมายลักษณะตัวแทนของ ประเทศญี่ปุ่นจะใช้บังคับ เฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่เป็นนิติกรรม (Juristic Act) เท่านั้น¹⁴⁰ ฉะนั้น เรื่องใดที่ไม่เกี่ยวข้องกับนิติกรรมแต่มีลักษณะ เป็นตัวแทนซึ่งเรียกว่า "Quasi-Mandate" นั้น ก็มีบทบัญญัติ¹⁴¹ ให้นำบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนมาบังคับโดยอนุโลม เช่นกัน

แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายลักษณะตัวแทนของประเทศญี่ปุ่นถือว่าความสัมพันธ์ ที่เกิดขึ้นระหว่างตัวการและตัวแทนนั้น แม้จะมีความตกลงยินยอมในระหว่างบุคคลทั้งสอง ก็ตาม ก็ถือว่าความสัมพันธ์นั้นเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยกฎหมาย (Legal Relation) มิใช่ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยความตกลงของคู่สัญญา¹⁴² และกฎหมายยังให้ความสำคัญแก่ ตัวแทนมากกว่าตัวการ กล่าวคือ ถ้าตัวแทนกระทำการตามที่ตัวการมอบหมายแล้ว แม้ว่าตัวแทน จะไม่ทราบถึงข้อเท็จจริงบางประการในการทำกิจการกับบุคคลที่สามก็ตาม ตัวการก็ไม่สามารถ ยกขึ้นต่อสู้กับบุคคลที่สามได้¹⁴³

ประมวลกฎหมายแห่งของประเทศญี่ปุ่นได้แยกบทบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะตัวแทน ไว้ 2 บรรพด้วยกันคือ ในบรรพ 1 ซึ่งเป็นเรื่องบททั่วไป (General Provisions) ก็จะมีเรื่องตัวแทน (Representation) ซึ่งอยู่ในหมวด 3 เรื่องการได้สิทธิและเสียสิทธิ

¹⁴⁰J.E.De Becker, The Principles and Practice of the Civil Code of Japan, Vol. 1 (London: Butterworth & Co., 1921), P. 96.

¹⁴¹The Civil Code of Japan, Article 656.

¹⁴²"...Representation is a legal relation by which an expression of intention of one person at once and directly produces effect on the interest of another person..." (J.E. de Becker, Annotated Civil Code of Japan, 1st ed. (London: Butterworth & Co. 1909), P. 103.)

¹⁴³The Civil Code of Japan Article 101.

ส่วนบุคคล (Acquisition and Loss of Private Rights) ในลักษณะ 2 เรื่อง นิติกรรม (Juristic Act) และบทบัญญัติเรื่องตัวแทนอีกบทบัญญัติหนึ่ง อยู่ในบรรพ 3 เรื่อง หนี้ (Obligations) หมวดที่ 2 ลักษณะ 1 ซึ่งจะเป็นเรื่องสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาตัวแทน (Mandate) การใช้กฎหมายลักษณะตัวแทนจะต้องใช้ทั้งสองบรรพประกอบเข้าด้วยกัน เพราะ ในบรรพ 1 จะไม่มีเรื่องสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาตัวแทนจึงต้องนำบรรพ 3 มาใช้ ส่วนจะว่า เป็นตัวแทนประเภทใด และมีลักษณะอย่างไร เช่น ตัวแทนไม่เปิดเผยชื่อ (Anonymous Representation) ตัวแทนที่ไม่ได้เกิดจากการแต่งตั้ง (Unauthorized Agent) หรือ ตัวแทนเชิด (Apparent Representation) ฯลฯ ต้องใช้ในบรรพ 1 มาบังคับ

ส่วนการเกิดขึ้นของตัวแทนนั้น ประมวลกฎหมายแห่งญี่ปุ่นได้แบ่งการเกิด เป็น 2 ประการ คือ

2.1.3.1 โดยการได้รับมอบอำนาจจากตัวการ (Representation by Mandate)

ตัวแทนประเภทนี้เป็นตัวแทนที่เกิดขึ้นโดยที่ตัวการได้แสดงเจตนา มอบหมายให้ตัวแทนกระทำนิติกรรมแทนตน และตัวแทนก็ตกลงยอมรับเช่นนั้น¹⁴⁴ โดยปกติ การกระทำของตัวแทนนั้นจะเป็นการกระทำที่เปล่าไม่มีบำเหน็จ เว้นแต่จะมีข้อตกลงเป็นพิเศษว่ามีบำเหน็จ¹⁴⁵ อีกทั้งตัวแทนนี้สามารถกระทำในนามของตัวการ หรือกระทำในนาม ของตัวแทนเองก็ได้ กล่าวคือ ถ้าตัวแทนกระทำในนามของตัวการก็มีผลให้เกิดความสัมพันธ์ ตามกฎหมายระหว่างตัวการกับบุคคลที่สามทันที แต่ถ้าตัวแทนกระทำในนามของตนเองกับ บุคคลที่สามแล้ว เบื้องแรกจะถือว่าตัวแทนกระทำการเช่นนั้นโดยไม่มีอำนาจ และไม่ผูกพัน

¹⁴⁴J.E. de Becker, The Principles and Practice of the Civil Code of Japan, P. 412.

¹⁴⁵The Civil Code of Japan Article 648.

ตัวการ เว้นแต่ตัวแทนจะแจ้งให้ตัวการทราบและยอมรับในภายหลัง จึงจะผูกพันตัวการ¹⁴⁶
 ตัวแทนที่เกิดจากการได้รับมอบอำนาจจากตัวการนี้ไม่มีอำนาจตั้งตัวแทนช่วง¹⁴⁷
 (Substitute Representative) เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากตัวการหรือตกอยู่
 ภายใต้พฤติการณ์ที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เช่นตกอยู่ในเหตุฉุกเฉิน หรือมีความจำเป็น เป็นต้น

2.1.3.2 โดยผลบังคับของกฎหมาย (Representation by Legal)

ตัวแทนประเภทนี้จะ เป็นตัวแทนที่มีความสัมพันธ์โดยผลของ
 กฎหมายซึ่งต้องพิจารณาในแต่ละบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ เป็นเรื่อง ๆ ไป เช่น ผู้ปกครอง
 (Guardian) บิดามารดา สามี ผู้จัดการของนิติบุคคล ผู้จัดการทรัพย์สินของผู้สาปสูญ เป็นต้น
 ซึ่งกฎหมายแห่งของญี่ปุ่นได้แยกบัญญัติไว้โดยเฉพาะเป็นหมวด ๆ ไป และถือว่าเป็นตัวแทน
 ประเภทหนึ่งและต้องบังคับอยู่ในบรรพ 1 ด้วยเช่นกัน

2.1.4 ตามประมวลกฎหมายแห่งและพาณิชย์ของประเทศไทย

การเกิดขึ้นของตัวแทนตามประมวลกฎหมายแห่งและพาณิชย์นี้ ได้ให้ความสำคัญ
 แก่หลักการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในอันที่จะก่อให้เกิดสัญญาตัวแทนขึ้นมาได้โดยได้ดัดแปลง
 หลักการเหล่านี้จากกฎหมาย Common Law ของประเทศอังกฤษเป็นส่วนใหญ่¹⁴⁸ และนอกจาก
 นั้นยังมีการขยายหลักเรื่องการเกิดขึ้นของตัวแทนนอกจากหลักสัญญาดังกล่าวข้างต้นแล้วให้มี
 ลักษณะกว้างขึ้นไป โดยมีการบัญญัติถึงการเป็นตัวแทนโดยผลบังคับของกฎหมาย เพื่อให้
 กฎหมายลักษณะตัวแทนมีขอบเขตในการใช้กฎหมายได้กว้างขึ้น การเกิดขึ้นของตัวแทนตาม
 ประมวลกฎหมายแห่งและพาณิชย์แบ่งได้ดังต่อไปนี้ คือ

¹⁴⁶J.E. de Becker, The Principles and Practice of the Civil Code of Japan, P. 413.

¹⁴⁷The Civil Code of Japan Article 104.

¹⁴⁸นายบุญช่วย, หลักกฎหมายว่าด้วยนายกับเอเยนต์ ; พิมพ์ครั้งที่ 2.
 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์บุญช่วยเจริญ, 2463), หน้า 4,

2.1.4.1 โดยการแต่งตั้ง

การแต่งตั้งตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 วรรค 2¹⁴⁹ หมายถึงความตกลงระหว่างคู่สัญญาที่จะก่อให้เกิดสัญญาตัวแทนขึ้นตามมาตรา 797 วรรคแรก¹⁵⁰ และความตกลงเช่นนี้จะต้องเป็นการตกลงที่ตัวการยินยอมมอบอำนาจให้¹⁵¹ แก่ตัวแทนและตัวแทนก็ตกลงยอมรับ เช่นนั้น เพื่อทำการแทนตัวการ แม้จะกระทำโดยวาทกรรมก็ตาม เพราะว่าสัญญาตัวแทนไม่มีรูปแบบ เมื่อมีการกระทำดังกล่าวแล้วก็ถือว่า สัญญาตัวแทนได้เกิดขึ้นแล้ว แม้ว่าตัวแทนยังมิได้ลงมือทำการตามที่ได้รับมอบหมายจากตัวการก็ตาม¹⁵² ดังเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 595/2491 ตัดสินว่า คู่พินันมอบเงินไว้ให้คนกลางเพื่อจ่ายแก่ฝ่ายขณะนั้น ถือว่าคนกลางนั้นเป็นตัวแทนของทั้งสองฝ่าย

คำพิพากษาฎีกาที่ 475/2522 ตัดสินว่า ธ. นำรถยนต์ของโจทก์ที่ 2 ไปทดลองขับดูก่อนที่จะซื้อ และนำไปจอดฝากไว้กับจำเลย ถือได้ว่า ธ. เป็นตัวแทนของโจทก์ที่ 2 โดยปริยาย จำเลยจึงต้องรับผิดชอบโจทก์เมื่อรถหายไป

¹⁴⁹ มาตรา 797 บัญญัติว่า "อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลหนึ่งเรียกว่าตัวแทนมีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ตัวการ และตกลงจะทำการดั่งนั้น อันความเป็นตัวแทนจะเป็นโดยแต่งตั้งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ย่อมได้".

¹⁵⁰ มาโนช สุทธิวาหนฤพดี, บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนนายหน้า, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2518), หน้า 6-7.

¹⁵¹ ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1579/2525 กิจการใดที่ตัวการไม่ได้ตกลงยินยอมไม่ผูกพันตัวการ

¹⁵² สถิตย์ เล็งไธสง, "สัญญาตัวแทน," วารสารกฎหมาย, ฉบับที่ 2 ปีที่ 10 (ธันวาคม 2528), หน้า 25.

คำพิพากษาฎีกาที่ 2977/2523 ดัดลึนว่า จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นทวารรับใช้จำเลยที่ 2 ได้ขับรถยนต์ไปรับบุตรจำเลยที่ 2 มาจากโรงเรียน ถือได้ว่าจำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 2 ในกิจการที่ได้รับมอบหมายนั้น

นอกจากนี้ก็ยังมีความพิพากษาที่เด่นชัดในเรื่องดังกล่าวอีกเรื่องหนึ่ง โดยศาลฎีกาถือว่า มีเจตนาของตัวการและตัวแทนตรงกันถูกต้องแล้ว สัญญาตัวแทนก็เกิดขึ้น คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 202/2490 ดัดลึนว่า เจ้าของที่ดินยกที่ดินถวายวัดโดยมิได้จดทะเบียนการยกให้จึงเป็นโมฆะ แต่หลังจากที่ยกให้วัดแล้วเจ้าของที่ดินเดิมได้เข้าที่จากวัดมาเป็นเวลา 10 ปี ถือว่าผู้ยกให้นั้นครอบครองแทนวัดและทำให้วัดได้กรรมสิทธิ์ในการครอบครองปรปักษ์

แต่อย่างไรก็ตามดังได้กล่าวแล้วในบทที่ 1 ว่า กฎหมายลักษณะตัวแทนนั้นมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากกฎหมายลักษณะอื่น ๆ ที่เกิดจากสัญญาด้วยกัน ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า เมื่อเจตนาของตัวการและตัวแทนถูกต้องตรงกัน สัญญาตัวแทนย่อมเกิดขึ้นได้ตามหลักสัญญาโดยทั่วไป แต่สัญญาตัวแทนจะบรรลุนิติประสงคฺ์ หรือการมอบหมาย (Mandate) ที่ตัวการมอบอำนาจให้แก่ตัวแทนนั้นจะสำเร็จลงได้ก็ต้องมีการกระทำ ซึ่งการกระทำของตัวแทนนั้นต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลที่สามด้วย เพราะ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 797 แล้วจะเห็นว่าไม่ได้กล่าวถึงบุคคลที่สาม หรือบุคคลภายนอกเลย แต่การตกลงมอบอำนาจให้ตัวแทนกระทำการแทนตัวการนั้น ก็เพื่อมีเจตนาหรือวัตถุประสงค์เพื่อติดต่อหรือทำการกับบุคคลที่สามเพื่อประโยชน์ของตัวการ ดังนั้นการที่ต้องมีบุคคลที่สามจึงเป็นแต่เพียงวัตถุประสงค์ในการตั้งตัวแทน¹⁵³ เท่านั้น และวัตถุประสงค์นั้นต้องมีอยู่ในขณะทำสัญญาตัวแทนกันด้วย แม้ว่าบุคคลที่สามจะยังไม่ทราบชื่อหรือปรากฏตัวเป็นที่แน่นอนก็ตาม แต่คำพิพากษาฎีกาส่วนใหญ่จะเน้นความสำคัญของสัญญาตัวแทนอยู่ที่บุคคลที่สาม คือหมายความว่า กิจการใดที่ตัวการตั้งตัวแทนแล้วไม่ได้เกี่ยวหรือ

¹⁵³ไชย เจริญ สันติศิริ, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน, นวชนา, จัดการงานนอกสั่ง, พิมพ์ครั้งที่ 7. (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กัฎติประดิษฐ์, 2513), หน้า 10-11.

มีนิติสัมพันธ์กับบุคคลที่สามแล้วก็มีใช้ตัวแทนตามกฎหมายลักษณะตัวแทน¹⁵⁴ ดังนั้นปัญหาในเบื้องต้นนี้จึงเกิดขึ้นว่า เมื่อตัวการแต่งตั้งมอบหมายให้ตัวแทนกระทำการใดแทนตนในลักษณะของสัญญาตัวแทนแล้ว แต่ตัวแทนยังมิได้กระทำการหรือติดต่อกับบุคคลที่สามเลย แต่ตัวแทนได้กระทำไปตามที่ที่ได้รับมอบหมายมาแล้วและ เกิดหนี้ขึ้นในระหว่างทำกำรนั้น เช่นตัวแทนได้ออกเงินทรองจ่ายไปก่อน เป็นต้น ปัญหาที่มีอยู่ว่า เมื่อเป็นเช่นนี้จะนำบทบัญญัติในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของตัวแทนต่อตัวการ หรือสิทธิหน้าที่ของตัวการต่อตัวแทนมาใช้บังคับได้หรือไม่ ?

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อมีการตกลงกันแล้วสัญญาตัวแทนก็ย่อมเกิดขึ้น ดังนั้นสิทธิและหน้าที่ที่มีต่อกันในระหว่างตัวการและตัวแทนก็ย่อมต้องบังคับตามกฎหมายลักษณะตัวแทนได้เลย¹⁵⁵ เพราะไม่ได้นำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับบุคคลที่สามมาเกี่ยวข้องเลย แต่ก็ยังสามารถที่จะนำบทบัญญัติในเรื่องนี้ และสัญญาต่างตอบแทนมาใช้บังคับได้เช่นกัน

กิจการที่ตัวการจะแต่งตั้งมอบหมายให้แก่ตัวแทนนั้นไม่จำกัดอยู่เฉพาะเรื่องนิติกรรมสัญญาเท่านั้น กิจการอื่นที่มีใช้นิติกรรมสัญญาก็สามารถแต่งตั้งมอบหมายได้ เช่นเดียวกัน เช่นเดียวกัน¹⁵⁶

ตัวแทนที่เกิดจากการแต่งตั้งนี้ยังแบ่งตามลักษณะของการแต่งตั้งได้

ดังนี้คือ

ก.) โดยการแต่งตั้งแสดงออกชัด

การแต่งตั้งแสดงออกชัดหรือโดยชัดแจ้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 วรรค 2 นี้ หมายความว่าถึงการที่ตัวการแสดงเจตนาออกมาให้

¹⁵⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 1980/2505, 619/2507, 1176/2510, 528/2523 และหมายเหตุของท่านอาจารย์ จิตติ ดิงศรัทีย์ ท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1853/2500.

¹⁵⁵ โปรดดู กมล สนธิเกษตริน, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 6. (กรุงเทพมหานคร: สุทธิสารการพิมพ์, 2527), หน้า 16.

¹⁵⁶ ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 890/2523.

ปรากฏโดยชัดแจ้งว่าประสงค์จะมอบอำนาจให้ตัวแทนกระทำการแทนและกระทำการกิจการใดแทนตน และตัวแทนก็ตกลงยอมรับทำกิจการนั้น ๆ แทนตัวการ ซึ่งการแต่งตั้งในลักษณะนี้ถือว่าเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง¹⁵⁷ ซึ่งอาจจะทำได้โดยวาจา หรือเป็นหนังสือ¹⁵⁸ โดยไม่ว่าตัวแทนจะสนองรับโดยวิธีใด ๆ ก็ตาม¹⁵⁹ อีกทั้งตัวการอาจแต่งตั้งตัวแทนด้วยตัวเองหรือมอบหมายให้ผู้อื่นใดมาแต่งตั้งตัวแทนก็ได้ ซึ่งเป็นลักษณะของการตั้งตัวแทนช่วงก็ได้ แต่การแต่งตั้งตัวแทนที่ต้องทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้นขึ้นอยู่กับบัญญัติของกฎหมายลักษณะต่าง ๆ ที่กำหนดให้การแต่งตั้งตัวแทนต้องกระทำเช่นนั้น ดังนั้นการแต่งตั้งตัวแทนให้กระทำการแทนนั้นต้องกระทำตามที่กฎหมายนั้น ๆ บัญญัติไว้ด้วย¹⁶⁰ เพราะมีฉะนั้นอาจทำให้สัญญาตัวแทนเป็นโมฆะ¹⁶¹ หรือฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้¹⁶²

ข.) โดยปริยาย

การแต่งตั้งโดยปริยายนี้ ถือว่าเป็นสัญญาตัวแทนที่ตัวการมิได้ออกปากมอบหมายหรือสั่งการเป็นคำพูด หรือเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ได้แสดงออกโดยกริยาอาการหรือการกระทำโดยพิจารณาจากพฤติการณ์การแสดงออกของตัวการว่าตัวการยินยอมให้ตัวแทนกระทำการแทนตนหรือไม่ เป็นประมาณ เช่น ทางปฏิบัติที่ตัวการเคยให้

¹⁵⁷ พัทนะ ไชยเศรษฐ, "หลักกฎหมายตัวแทน," อัยการนิเทศ เล่มที่ 47 ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2528): 212.

¹⁵⁸ ไชยเจริญ สันติศิริ, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน, นายหน้า, จัดการงานนอกสั่ง, หน้า 53.

¹⁵⁹ สติธย์ เล็งไธสง, คำอธิบายกฎหมายลักษณะตัวแทนและนายหน้า (กรุงเทพ (กรุงเทพมหานคร: แสงสุทธิการพิมพ์, 2529), หน้า 33.

¹⁶⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 798.

¹⁶¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 685/2508, 953/2520.

¹⁶² คำพิพากษาฎีกาที่ 1091/2515.

ตัวแทนกระทำเป็นประจำ¹⁶³ เป็นต้น ซึ่งก็ถือว่ามีสัญญาตัวแทนต่อกัน เพราะเหตุที่ว่ายังต้องอาศัยหลักของความตกลงยินยอม เป็นมูลฐานอยู่¹⁶⁴ และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติ มาตรา 797 แล้ว จะเห็นในบทบัญญัติมาตรานี้ บัญญัติถึงการแต่งตั้งตัวแทนซึ่งเกิดจากสัญญาทั้งสิ้น ดังนั้น การแต่งตั้งตัวแทนโดยปริยายนี้จึงอยู่ในหลักของสัญญาโดยปริยายส่วนหนึ่ง ซึ่งต้องเป็นเรื่องของสัญญาด้วย ดังนั้นการที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหนึ่งเสียจะถือว่าบุคคลนั้นยินยอมไม่ได้ แต่ถ้าตามพฤติการณ์ปรากฏว่าบุคคลอยู่ในฐานะ เช่นนั้น และโดยเหตุผลและรูปการณ์เช่นนั้น ควรจะต้องปฏิเสธแล้วไม่ปฏิเสธจึงสันนิษฐานว่า เป็นการยินยอม¹⁶⁵ และความยินยอมในสัญญาโดยปริยายนี้ต้องเป็นความยินยอมของคู่สัญญา คือตัวการและตัวแทนด้วยทั้งสองฝ่าย¹⁶⁶

ตัวแทนโดยปริยายนี้แตกต่างกับตัวแทนโดยผลของกฎหมาย เช่น ตัวแทนเชิด¹⁶⁷ หรือตัวแทนที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้นั้น เป็นตัวแทน แม้ว่าทั้งผู้ที่เป็นตัวการและตัวแทนไม่มีเจตนาเช่นนั้น เลยก็ตาม กฎหมายก็ถือว่าเป็นตัวแทน¹⁶⁸ ที่กฎหมายบัญญัติ เช่นนั้นก็ เพราะ เพื่อคุ้มครองบุคคลที่สามหรือผู้ที่ต้องเป็นตัวการตามกฎหมายนั้นเองให้ได้รับประโยชน์จากการกระทำของตัวแทนนั้น เพราะเหตุที่ตนเองมีส่วนได้เสียในกิจการที่ตัวแทนกระทำไปนั้นด้วย

¹⁶³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 837/2512.

¹⁶⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1252/2505 และดูสรรเสริญ ไกรจิตติ, "กฎหมายแห่งและพหิมิษฐ์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า," (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2516), หน้า 43.

¹⁶⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 151/2483.

¹⁶⁶ ไชยเจริญ สันติศิริ, กฎหมายแห่งและพหิมิษฐ์ว่าด้วยตัวแทน, นายหน้า, จัดการนอกสั่ง, หน้า 53.

¹⁶⁷ แต่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1486/2525 ถือว่าตัวแทนเชิดเป็นตัวแทนโดยปริยาย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าตัวแทนโดยปริยายกับตัวแทนเชิดน่าจะเป็นคนละกรณี เพราะในเรื่องตัวแทนเชิดนั้น ไม่ใช่เป็นตัวแทนที่เกิดโดยหลักสัญญาเช่นเดียวกับตัวแทนตาม มาตรา 797 วรรคสอง.

¹⁶⁸ เช่น มาตรา 1359, มาตรา 1541, มาตรา 1543, มาตรา 1560, มาตรา 1571 และมาตรา 1720 เป็นต้น.

ฉะนั้นความเป็นตัวแทนโดยปริยายนี้ จึงอาจเกิดขึ้นด้วยกริยา
อาการ การกระทำ งดเว้นการกระทำ การประพฤติกฎปฏิบัติต่อกันและกันของคู่สัญญา และการกระทำ
หรือความประพฤติ เช่นนั้นพอที่จะอนุมานได้ว่าเป็นการยินยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่ง เป็นตัวแทนของตน

ค.) โดยการให้สัตยาบัน

ตัวแทนโดยการให้สัตยาบันตาม มาตรา 823 นี้ ก็ถือว่าเป็น
ตัวแทนที่เกิดจากการแต่งตั้งประเภทหนึ่ง เพราะว่าตัวแทนโดยการให้สัตยาบันนี้เกิดขึ้นได้
2 ประการ กล่าวคือ กรณีแรก เป็นกรณีที่มีความสัมพันธ์ทางสัญญาตัวแทนกันมาก่อนแล้ว ไม่ว่าจะ
จะเป็นสัญญาโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยายก็ตาม แต่ตัวแทนได้กระทำนอกเหนือขอบอำนาจที่
ตัวการได้ให้ไว้ เช่น โจทก์แต่งตั้งเป็นหนังสือให้จำเลยฟ้องคดีแพ่งแทนตน แต่จำเลยกลับ
กรอกข้อความเพิ่มเติมให้มีอำนาจทำสัญญาประนีประนอมยอมความแทนโจทก์ด้วย ดังนั้นการทำ
สัญญาประนีประนอมยอมความนั้นไม่ผูกพันโจทก์ เมื่อโจทก์ไม่ได้ให้สัตยาบัน¹⁶⁹ หรือตัวการให้
ตัวแทนนำเงินไปชำระหนี้ แต่ตัวแทนกลับนำไปใช้ประโยชน์ส่วนตัวเสีย¹⁷⁰ เป็นต้น กรณีนี้
เมื่อตัวการให้สัตยาบันไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยาย¹⁷¹ ก็ตาม ถือว่าการกระทำของตัวแทน
นั้นมีผลผูกพันตัวการทันที มิใช่ถือว่าสัญญาตัวแทนจะเกิดขึ้นเมื่อมีการให้สัตยาบันของตัวการ
แต่ถ้าเป็นการรับรองการกระทำของตัวแทนที่เกิดขึ้นแล้วต่อบุคคลที่สาม เท่านั้น

กรณีที่สองนี้ เป็นเรื่องที่กระทำการโดยปราศจากอำนาจ
หรือกระทำการโดยไม่มีอำนาจนั้นอาจเป็นกรณีที่มีความสัมพันธ์ทางสัญญาตัวแทนกันมาก่อนแล้ว
หรืออาจจะไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญาตัวแทนกันมาก่อนเลย¹⁷² ก็ตาม กรณีที่มีความสัมพันธ์

¹⁶⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1017/2520.

¹⁷⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 775/2474.

¹⁷¹ ดู ฤศล บุญยืน. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน
นายหน้า. (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2530), หน้า 124-125.

¹⁷² ดู สรรเสริญ ไกรจิตติ. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า.

ทางสัญญาตัวแทนกันมาก่อนแต่ตัวแทนกระทำโดยปราศจากอำนาจ เช่น เป็นพนักงานขายของของบริษัทไปทำความตกลงค่าเสียหายกับบุคคลภายนอกแทนบริษัท¹⁷³ หรือข้อบังคับบริษัทให้กรรมการ 2 คนลงลายมือชื่อ แต่ปรากฏว่ามีกรรมการคนเดียวลงลายมือชื่อในใบแต่งตั้งนายจึงเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ¹⁷⁴ เป็นต้น ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้จะเป็นเรื่องของกฎหมายลักษณะตัวแทนโดยตรง แต่อีกกรณีหนึ่งซึ่งไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญาตัวแทนมาก่อนเลย แต่บุคคลหนึ่งอ้างว่ากระทำแทนบุคคลอีกคนหนึ่งโดยปราศจากอำนาจนั้น โดยปกติแล้วเรื่องนี้จะเป็นเรื่องของจัดการงานนอกสั่ง เป็นการกระทำโดยเขามิได้ขานวานใช้ให้ทำ แต่ก็อาจเป็นเรื่องของกฎหมายลักษณะตัวแทนได้ถ้าตัวการได้ให้สัตยาบันแก่การจัดการงานของตัวแทนนั้น¹⁷⁵ ซึ่งเมื่อมีการให้สัตยาบันแล้วก็ถือว่าสัญญาตัวแทนได้เกิดขึ้นในขณะนั้น และย่อมผูกพันกันตามกฎหมายลักษณะตัวแทนกันต่อไป¹⁷⁶ กฎหมายลักษณะตัวแทนและจัดการงานนอกสั่งนี้มีความเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติใน บรรพ 2 เดิมนั้นถือว่า ถ้าเจ้าของ (ตัวการ) ให้สัตยาบันแก่การกระทำของผู้จัดการก็ให้แปลงการจัดการงานนอกสั่งให้เป็นสัญญาตัวแทนเลยทีเดียว¹⁷⁷ แต่ บรรพ 2 ในปัจจุบันที่ได้แก้ไขแล้วบัญญัติแต่เพียงว่า ถ้ามีการให้สัตยาบันแล้วก็ให้น่าเอาบทบัญญัติ เรื่องตัวแทนมาบังคับเท่านั้นทำให้แปลงการจัดการงานนอกสั่งเป็นสัญญาตัวแทนเลย

¹⁷³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1091/2515.

¹⁷⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 279/2508.

¹⁷⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 402 วรรคสอง

¹⁷⁶ ไพจิตร บุญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2526), หน้า 59.

¹⁷⁷ ฝ่ายวิจัยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, รายงานผลการวิจัยวิวัฒนาการของกฎหมายไทยในรอบ 200 ปี ภาคกฎหมายสารบัญญัติ (สถานที่พิมพ์และโรงพิมพ์ไม่ปรากฏ, 2525), หน้า 44.

การที่จะพิจารณาว่าการกระทำของตัวแทนนั้นกระทำ นอกเหนือขอบอำนาจหรือไม่ต้องพิจารณาจาก เจตนาและการมอบหมายของตัวการ เป็นหลัก ประกอบกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจตัวแทนกระทำการ เช่นนั้นได้¹⁷⁸

2.1.4.2 โดยผลของกฎหมาย

ตัวแทนโดยผลของกฎหมายนี้เป็นตัวแทนที่กฎหมายได้กำหนดให้เป็นตัวการตัวแทนกัน โดยถึงแม้ว่าคู่กรณีจะไม่มีเจตนาหรือไม่มีความตกลงยินยอมที่จะเป็น ตัวการตัวแทนกันก็ตาม แต่กฎหมายก็ถือว่าความสัมพันธ์เช่นนั้นได้เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย ซึ่งต้องพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายแต่ละเรื่องไป โดยเหตุผลที่ว่าบุคคล เหล่านั้นมีส่วนได้ เสียกับการกระทำของตัวแทนนั้น

ก.) ตัวแทนเซิด

เป็นตัวแทนประการหนึ่งที่เกิดจากหลักกฎหมายปิดปาก (Estoppel) ของประเทศอังกฤษโดยนำมาใช้ในกรณีที่เป็น การปิดปากเฉพาะตัวการ¹⁷⁹ มิให้โต้เถียงว่าบุคคลนั้นมีใช่เป็นตัวแทนของตนเท่านั้น และเหตุผลที่นำมาใช้ก็เป็นเช่นเดียวกัน คือ เพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตมิให้ต้องเสียหายจากการแสดงออกของตัวการ โดยกำหนดให้ต้องรับผิดชอบ เป็นตัวการ แม้ว่าตัวแทนเซิดนี้จะไม่มิลักษณะการ เกิดตามกฎหมาย ตัวแทนอย่างแท้จริงก็ตาม เพราะเหตุที่ตัวแทนเซิดนี้มีใช่เป็นการตั้งตัวแทนกันอย่างจริงจังตามกฎหมายและมีใช่เกิดจากสัญญาตามมาตรา 797 ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม¹⁸⁰ อีกทั้งไม่มีความเกี่ยวข้องตามลักษณะของกฎหมายตัวแทน ดังนั้นการที่บุคคลใดได้

¹⁷⁸ ดูมาตรา 800, มาตรา 801, มาตรา 802, มาตรา 804, มาตรา 805, มาตรา 807 และมาตรา 808.

¹⁷⁹ ขุนประ เสรฐิ ศุภมาตรา, กฎหมายแห่งและพหิมิซว่าด้วยตัวแทน นายหน้า จัดการงานนอกสั่ง, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ไม่ปรากฏ, 2489), หน้า 27.

¹⁸⁰ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, รวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 40 ปีการศึกษา 2530, เล่มที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2530), หน้า 156.

แสดงออกไม่ว่าโดยวาจา หนังสือหรือกริยาใด ๆ ก็ตาม แสดงว่าผู้ใด เป็นตัวแทนของตนแล้ว หรือรู้แล้วยอมให้ เขาได้แสดง เช่นนั้น เป็น เหตุให้บุคคลที่สามหลง เชื่อตามข้อความนั้น และได้ กระทำการกับผู้นั้นในฐานะตัวแทนแล้ว ถึงแม้ว่าความจริงจะ ไม่มีการมอบอำนาจให้ผู้นั้น เป็น ตัวแทนที่ได้ เข้าทำการกับบุคคลที่ถูกแสดงออกว่า เป็นตัวแทนหรือยินยอมให้ เขาได้แสดงออก เช่นนั้น¹⁸¹

ความสำคัญของกฎหมายตัวแทนนั้นอยู่ที่การมอบอำนาจให้แก่ ตัวแทน เพื่อกระทำการแทนตัวการ ดังนั้นการพิจารณา เรื่องตัวแทน เขตควรจะพิจารณาถึง ลักษณะของการมอบอำนาจให้แก่ตัวแทนโดยการแสดงออกของตัวการ แม้ว่าจะไม่ตรงกับ เจตนา ที่แท้จริงของตัวการหรือขัดกับ เจตนาของตนก็ตาม แต่ตัวแทนหรือบุคคลภายนอกได้หลง เชื่อใน การแสดงออกซึ่งการมอบอำนาจ เช่นนั้น และแม้ว่าจะมิใช่อำนาจที่แท้จริงจากตัวการก็ตาม หรือแท้จริงตัวการมิได้มอบอำนาจให้ก็ตาม

ตัวแทนเขตเกิดขึ้นได้ 2 กรณี¹⁸² คือ กรณีแรก เป็น เรื่อง ที่ตัวการแสดงออกต่อบุคคลภายนอกว่าบุคคลนั้น เป็นตัวแทนของตน และกรณีที่สองเป็น เรื่อง ที่ตัวแทน เขตตัวเองว่า เป็นตัวแทนของตัวการซึ่งแท้จริงแล้วมิได้มีการแต่งตั้งกัน เลย และตัวการ รู้แล้วไม่คัดค้านประการใดคงปล่อยให้ตัวแทนแสดง เช่นนั้นต่อบุคคลที่สาม ทั้ง 2 กรณีนี้เป็น ลักษณะของการ เขตที่ไม่ได้ เกิดจากสัญญาตัวแทนอย่างแท้จริงตามมาตรา 797 ซึ่งอาจถือว่าเป็น

¹⁸¹ หลวงประพนธ์นิติสารคดี, ปาฐกถากฎหมายภาค 3, (เมืองที่พิมพ์และโรงพิมพ์ ไม่ปรากฏ, 2476), หน้า 15-16.

¹⁸² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 821 บัญญัติว่า "บุคคลใด เขตบุคคล อีกคนหนึ่งออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี รู้แล้วยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่ง เขตตัว เขา เองออกแสดง เป็นตัวแทนของตนก็ดี ท่านว่าบุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริต เสมือนว่าบุคคลอีก คนหนึ่งนั้น เป็นตัวแทนของตน"

ตัวแทน เชิดอย่างแท้จริงก็ได้ แต่มีอีกกรณีหนึ่งที่ถือว่าเป็นตัวแทน เชิดได้เช่นกัน¹⁸³ แม้ว่า จะมีสัญญาตัวแทน เกิดขึ้นแล้วก็ตามไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม แต่ทางปฏิบัติ หรือการกระทำของตัวการทำให้บุคคลภายนอก เชื่อว่ากิจการที่ตัวแทนกระทำไปนั้นอยู่ภายใน ขอบอำนาจของตัวแทน ซึ่งเป็นลักษณะของการ เชิดอำนาจของตัวแทนมิใช่การ เชิดที่ตัวบุคคล ตามมาตรา 821 เหตุที่กฎหมายต้องการคุ้มครองในกรณีนี้ก็เพราะเหตุว่า การแต่งตั้งหรือ มอบหมายระหว่างตัวการกับตัวแทนเป็น เรื่องภายในของบุคคลทั้งสอง กฎหมายจึงถือเอาอำนาจ ที่ปรากฏต่อบุคคลภายนอกทั้งนี้ เพื่อรักษาลิทธิของบุคคลภายนอกผู้สุจริต¹⁸⁴

2.2 อำนาจของตัวแทน

อำนาจของตัวแทน เป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของกฎหมายตัวแทน เพราะ เป็นสิ่ง ที่จะพิจารณาว่าตัวแทนนั้น มีอำนาจกระทำการแทนตัวการหรือไม่ และอำนาจนั้นตัวแทนได้รับ มาจากที่ใดไม่ว่าจะ ได้รับมาจากตัวการ หรือโดยผลของกฎหมาย หรือจากการแสดงออกของ ตัวการก็ตาม ก็ย่อมต้องถือว่าการกระทำของตัวแทนที่กระทำการแทนตัวการนั้น เป็นการกระทำ ที่มีอำนาจทุกกรณี เพราะถ้าตัวแทนกระทำการโดยไม่มีอำนาจโดยตลอดแล้ว ก็ถือว่ามีใช่เป็น ตัวแทนตามกฎหมายตัวแทน เพราะว่าตัวแทนมีอำนาจที่จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่าง ตัวการกับบุคคลที่สาม¹⁸⁵ และอำนาจของตัวแทนนี้เป็นสิทธิพิเศษที่จะทำให้ตัวการถูกผูกพันหรือ ก่อให้เกิดสิทธิและความรับผิดชอบระหว่างตัวการกับบุคคลที่สาม โดยอำนาจของตัวแทนจะ เริ่ม เกิดขึ้นเมื่อตัวการได้แสดงออกว่าต้องการให้ตัวแทนกระทำแทนตนเอง และตัวแทนก็รู้

¹⁸³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 822 บัญญัติว่า "ถ้าตัวแทนทำการใด เกินอำนาจตัวแทน แต่ทางปฏิบัติของตัวการทำให้บุคคลภายนอกมีมูลเหตุอันสมควรจะ เชื่อว่า การอันนั้นอยู่ภายในขอบอำนาจของตัวแทนไซ้ ท่านให้ใช้บทบัญญัติมาตราก่อนนี้เป็นบทบังคับ แล้วแต่กรณี".

¹⁸⁴ ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 704/2499, 1605/2506, 1680/2509, 834/2512, 1601/2512, 212/2517, 419/2519, 671/2523.

¹⁸⁵ Warren A. Seavey, Handbook of the Law of Agency, P. 11.

และยินยอมอย่างมีเหตุผลว่าตัวการต้องการให้ตนเองกระทำการแทน เช่นนั้น¹⁸⁶ ดังนั้นหลักกฎหมายตัวแทนของประเทศต่าง ๆ จึงให้ความสำคัญและแบ่งแยกอำนาจของตัวแทนออกเป็นประเภทต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยถึงความสัมพันธ์และความรับผิดชอบของตัวการตัวแทน และบุคคลที่สามไว้อย่างเป็นระบบ

2.2.1 หลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

ถือว่าอำนาจของตัวแทน (Authority) เป็นสิ่งที่ทำให้ตัวการเกิดความสัมพันธ์ขึ้นตามกฎหมายโดยการกระทำของตัวแทนตามที่ตัวการได้แสดงออกซึ่งความยินยอมต่อตัวแทน¹⁸⁷ ดังนั้นอำนาจของตัวแทนจึงเป็นสิ่งจำเป็นในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนในอันที่จะก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่ตัวการซึ่งแหล่งที่ก่อให้เกิดอำนาจแก่ตัวแทนนี้ก็คือจากตัวการนั่นเอง¹⁸⁸ ประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าอำนาจของตัวแทนมี 2 ชนิด คืออำนาจที่แท้จริง (Actual Authority) และอำนาจที่ได้รับจากการแสดงให้ปรากฏของตัวการ (Apparent Authority)

อำนาจที่แท้จริงนั้นเป็นอำนาจที่ได้รับการรับรองจากตัวการโดยตรง ไม่ว่าจะ เป็นอำนาจโดยชัดแจ้ง (Express Authority) หรือโดยปริยาย (Implied) ก็ตาม ส่วนอำนาจที่แสดงให้ปรากฏโดยตัวการนั้น เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า "Ostensible Authority" เป็นอำนาจที่ตรงข้ามกับอำนาจที่แท้จริง โดยเกิดจากการกระทำของตัวการซึ่งตัวการได้รู้และยินยอมให้ตัวแทนกระทำการ หรือเชิดตัวแทน (Hold Out)¹⁸⁹ ให้กระทำการแทนตน

¹⁸⁶Peter Hanauer, "Agency," American Jurisprudence, P. 574.

¹⁸⁷Wen Kroy Realty Co. V. Public Nat. Bank & Trust Co., 260 NY84, 183 NE 73.

¹⁸⁸American Law Institutes: Agency 2d, 1958 Section 7.

¹⁸⁹Peter Hanauer, "Agency," American Jurisprudence, P. 575.

อำนาจ เหล่านี้ตัวการอาจมอบให้แก่ตัวแทนก่อนหรือภายหลังที่ตัวแทนได้
กระทำการแทนตัวการมาแล้วก็ได้ การเกิดขึ้นของตัวแทนและ เรื่องอำนาจของตัวแทนของ
ประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นจะมีความคล้ายคลึงกัน ดังนั้นการตีความใน เรื่องการเกิดขึ้นของ
ตัวแทนจึงนำมาใช้ใน เรื่องอำนาจของตัวแทนด้วย เว้นแต่คู่สัญญาจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น¹⁹⁰

2.2.1.1 อำนาจที่แท้จริง (Actual Authority)

เป็นอำนาจที่ตัวการมีเจตนาที่จะมอบหมายให้แก่ตัวแทนหรือได้ใช้
ความระมัดระวังที่จะให้ตัวแทนได้รับอำนาจนี้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจนี้ตัวแทนได้รับมา
จากการแต่งตั้งจากตัวการ ซึ่งตัวการอาจมอบหมายอำนาจนี้ได้โดยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์
อักษร หรือแสดงออกโดยชัดแจ้งว่าให้ตัวแทนมีอำนาจกระทำกิจการนั้น ๆ โดยตรง

อำนาจที่แท้จริงนี้ยังแยกย่อยออกได้ 2 ประการ คือ

ก.) อำนาจโดยชัดแจ้ง (Express Authority)

เป็นอำนาจที่ตัวแทนได้รับจากการแต่งตั้งของตัวการเท่านั้น
ซึ่งโดยปกติแล้วจะเป็นการแต่งตั้งที่ชัดแจ้ง ซึ่งอาจเป็นหนังสือ¹⁹¹ (Power of Attorney)
หรือโดยวาจา¹⁹² ก็ได้ ว่าต้องการให้ตัวแทนกระทำการใด ตัวแทนก็ย่อมมีอำนาจโดยชัดแจ้ง
ที่จะกระทำการเช่นนั้นได้โดยตรง เช่น ทำเป็นหนังสือแต่งตั้งให้ตัวแทนขายรถยนต์ ตัวแทน
ก็มีอำนาจโดยชัดแจ้งเฉพาะการขายรถยนต์นั้น เท่านั้น อำนาจโดยชัดแจ้งนี้ถือว่าเป็นอำนาจ
ที่เกิดจากการแสดงเจตนาของตัวการเพียงฝ่ายเดียว (Unilateral Act)¹⁹³ เท่านั้น

¹⁹⁰American Law Institute, "Restatement of Agency," 2d.
Sections 32.

¹⁹¹Harold F. Lusk, Business Law Principles and Cases, 3rd ed.
(Illinois: Richard D. Irwin, Inc., 1974), P. 330.

¹⁹²Elliott V. Mutual Life Ins. Co. 185 OKLA 289, 91 P2d 746.

¹⁹³W. Edward Sell, Sell on Agency, P. 25.

เพียงแต่กระทำให้ตัวแทนมีเหตุผลอันสมควรที่เชื่อว่าตนเองต้องกระทำการแทนเพื่อผลประโยชน์ของตัวการเท่านั้น ก็ถือว่าตัวแทนได้รับอำนาจนี้แล้วโดยตัวแทนไม่ต้องแสดงหรือแจ้งการตอบตกลงที่จะยอมรับเอาอำนาจนี้ ดังนั้นเมื่อตัวแทนได้ไปกระทำการตามที่ตัวแทนได้มอบหมายโดยตรงแล้ว ก็ถือว่าอำนาจของตัวแทนในการกระทำการ เช่นนั้น เป็นอำนาจโดยชัดแจ้ง

ข.) อำนาจโดยปริยาย (Implied Authority)

อำนาจโดยปริยายเกิดจากหรือเป็นรูปแบบหนึ่งของอำนาจที่แท้จริง (Actual Authority) เพราะถ้าตัวแทนไม่มีอำนาจที่แท้จริงก็ย่อมไม่มีอำนาจโดยปริยาย¹⁹⁴ อำนาจโดยปริยายนี้เกิดจากการแสดงออกของตัวการไม่ว่าโดยวาจา หรือเป็นหนังสือ หรือจากการแสดงออกซึ่งความประพฤติ (Conduct) ของตัวการ โดยการพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดประกอบด้วยว่าตัวการมีเจตนาที่จะให้ตัวแทนกระทำการนั้น ๆ โดยปริยายด้วย มิใช่จะพิจารณาจากข้อเท็จจริงของตัวการเพียงข้อใดข้อหนึ่งเท่านั้น¹⁹⁵ อำนาจโดยปริยายนี้จะ เป็นอำนาจที่ช่วยเสริมอำนาจที่ชัดแจ้ง (Express Authority) ที่ตัวแทนได้รับให้ตัวแทนกระทำการตามที่ได้มอบหมายให้สำเร็จลงได้ไม่ว่าตัวแทนนั้นจะได้รับมอบอำนาจทั่วไป (General Agent) หรือได้รับมอบอำนาจเฉพาะการ (Special Agent) แล้วก็ย่อมมีอำนาจโดยปริยายทุกกรณีไป หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้จะพิจารณาจากตัวแทนเท่านั้น โดยพิจารณาว่าตัวแทนมีความรู้ความเข้าใจในเรื่องอำนาจที่ตนเองได้รับมาว่าตัวแทนมีเหตุผลอันสมควรที่จะ เชื่อหรือไม่ว่าตัวการต้องการให้ตนกระทำตามอำนาจโดยปริยายนั้นด้วย โดยไม่ต้องพิจารณาถึงบุคคลที่สามว่าจะรู้และ เชื่อว่าตัวแทนมีอำนาจโดยปริยายหรือไม่ก็ตาม¹⁹⁶

¹⁹⁴ Behring International, Inc. V. Greater Houston Bank 662 SW2d 642, 38 UCCRS 544.

¹⁹⁵ Frank V. Board of Education, 90 NJL 273 100A 211.

¹⁹⁶ Molasky Enterprise, Inc. V. Corps, Inc, (Mo. App.) 615 SW2d 83.

ขอบเขตของอำนาจโดยปริยายนี้พิจารณาจากลักษณะต่าง ๆ

ที่จะก่อให้เกิดอำนาจโดยปริยาย ดังนี้คือ

1.) อำนาจข้างเคียง (Incidental Authority)

เป็นอำนาจโดยปริยายอย่างหนึ่งที่เกิดจากอำนาจที่แท้จริง เช่นกัน เพื่อให้ตัวแทนกระทำการตามที่ได้รับมอบหมายจากอำนาจที่ชัดเจนนั้นให้สำเร็จลงได้ เช่น ตัวการแต่งตั้งตัวแทน เป็นหนังสือให้ทำการขายที่ดิน ตัวแทนย่อมมีอำนาจข้างเคียงที่จะลงชื่อในสัญญาซื้อขายที่ดินกับบุคคลที่สามได้ หรือตัวแทนได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้จัดการร้านค้า ก็ย่อมมีอำนาจที่จะจ้างลูกจ้างไว้ในร้านด้วย และในการขายสินค้าก็มีอำนาจที่จะรับเงินสดหรือรับเช็คก็ได้ จะเห็นว่าตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจทั่วไป (General Agent) มีอำนาจข้างเคียงมากกว่าตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจเฉพาะการ (Special Agent) การที่จะพิจารณาว่าอำนาจนั้น เป็นอำนาจข้างเคียงหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นและเป็นปกติที่ตัวแทนจะต้องกระทำและต้องมีความเหมาะสมในการที่จะทำให้อำนาจที่ชัดเจนนั้นสำเร็จลงได้

2.) อำนาจตามประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติ

(Custom and Usage Authority)

เป็นอำนาจที่ตัวแทนได้รับจากประเพณีของท้องถิ่นที่ตัวแทนได้ไปทำกำรนั้น และจากธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าของท้องถิ่นนั้น ๆ เช่นกัน ซึ่งกฎหมายถือว่าตัวการต้องรู้ถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าและประเพณีนั้น ๆ ทุก ๆ มลรัฐของสหรัฐอเมริกา¹⁹⁷ แม้ว่าความเป็นจริงแล้วตัวการอาจจะไม่รู้ถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า¹⁹⁸ หรือประเพณีนั้น เลยก็ตามก็ถือว่าไม่เป็นสาระสำคัญในการที่ตัวแทนได้รับอำนาจนี้

¹⁹⁷ Joseph L. Francona, "C.P.A. Law Review," P. 517.

¹⁹⁸ ในทางปฏิบัติสิ่งใดที่จะถือว่าเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางธุรกิจหรือทางการค้านั้น จะต้องตัดสินโดยลูกขุน (Jury) เว้นแต่ธรรมเนียมปฏิบัตินั้นจะเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลรู้เอง (Judicial Notice) Burke V. Bonat, 255 NY 226, 174 NE 635.

อำนาจที่ตัวแทนได้รับนี้ต้องไม่เป็นการขยายหรือจำกัดอำนาจที่ชัดเจน แต่จะเป็นเพียงมีผลต่อการจัดการตามอำนาจนั้น เท่านั้น และธรรมเนียมปฏิบัติและประเพณีนี้ต้องไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ หรือเจตนาของตัวการที่ได้มอบหมายให้แก่ตัวแทนด้วย อีกทั้งต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย ดังนั้นอำนาจเช่นนี้จึงเป็นอำนาจที่จะให้ตัวแทนกระทำการตามอำนาจที่ชัดเจนได้สำเร็จลงเท่านั้น

3.) อำนาจในการจัดการตามทางปฏิบัติครั้งก่อน

(Course of Dealing)

เป็นอำนาจที่เกิดขึ้นโดยปริยายจากการนิ่งเฉยของตัวการ ซึ่งโดยปกติจะไม่ถือว่าเกิดอำนาจโดยปริยายแก่ตัวแทนได้ เว้นแต่การนิ่งเฉยนั้นมีเหตุผลอันสมควรที่จะแสดงว่าตัวการได้ยินยอมโดยการนิ่งเฉยนั้น ดังนั้นการที่ตัวแทนได้รับมอบหมายจากตัวการให้กระทำการใดเพียงครั้งเดียว ไม่ก่อให้เกิดอำนาจโดยปริยายตัวแทนในการที่จะจัดการแทนตัวการในครั้งต่อไป แม้ว่าตัวการจะนิ่งเฉยก็ตาม แต่ถ้าตัวการได้มอบหมายให้ตัวแทนกระทำการ เช่นนั้นหลาย ๆ ครั้งจนเป็นที่ปรากฏชัดแก่บุคคลภายนอกแล้ว ตัวแทนได้กระทำการ เช่นเดียวกันอีก และตัวการก็นิ่งเฉยเสียก็ย่อมต้องถือว่าตัวแทนได้รับอำนาจนี้โดยปริยายจากการจัดการตามทางปฏิบัติครั้งก่อน¹⁹⁹

4.) อำนาจในเหตุฉุกเฉิน (Emergency Authority)

เมื่อมีเหตุฉุกเฉินหรือมีความจำเป็นตัวแทนนั้นย่อมมีอำนาจเพิ่มขึ้นโดยปริยาย แม้ว่าจะทำการเกินอำนาจที่แท้จริงที่ได้รับมาก็ตาม ในการที่จะป้องกันหรือจัดการใดเพื่อมิให้ตัวการต้องเสียหายจากเหตุฉุกเฉินนั้น ๆ แต่ตัวแทนต้องกระทำการโดยเหมาะสมและจำเป็นกล่าวคือ ตัวแทนไม่สามารถที่จะติดต่อกับตัวการได้เพราะว่าต้องใช้เวลาหรือต้องใช้ค่าใช้จ่ายมาก และจะทำให้กิจการหรือประโยชน์ของตัวการต้องเสียหาย เช่นตัวแทนทำการขนส่งสัมภาระตัวแทนตัวการเพื่อไปขายยังเมือง New York แต่ขณะที่ขนส่งนั้นราคาสัม

¹⁹⁹ Stoneman V. Fox Film Corp., 295 Mass 419, 4 NE2d 63,

ที่ New York ได้ตกลงอย่างมาก ซึ่งถ้าตัวแทนชนไปขายที่ New York ตัวการจะต้องขาดทุนมาก และตัวแทนไม่สามารถติดต่อกับตัวการได้ ตัวแทนจึงทำการขายส้มที่เมือง Philadelphia ซึ่งตลาดส้มมีราคาสูงกว่ามาก ถือว่าตัวแทนได้รับอำนาจนี้โดยปริยาย

อำนาจของตัวแทนใน เหตุฉุกเฉินนี้รวมทั้งอำนาจในการที่ตัวแทนจะต้องตั้งตัวแทนช่วง (Subagent) ขึ้นเพื่อร่วมกันรักษาผลประโยชน์ของตัวการก็ได้ ถ้าหากว่ามีความจำเป็น เช่นนั้น²⁰⁰

อำนาจโดยปริยายของประเทศสหรัฐอเมริกายังมี แยกย่อยอีกมากมาย โดยเหตุที่เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law จึงไม่มี บทบัญญัติที่จะบัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ คงต้องยึดถือตามคำพิพากษาที่ได้พิพากษาเป็นแนวบรรทัดฐาน เช่น อำนาจในการเปิดเผยข้อเท็จจริงระหว่างตัวการและตัวแทน อำนาจในการซื้อขายทรัพย์สินต่าง ๆ เป็นต้น ดังนั้นอำนาจโดยปริยายและอำนาจข้างเคียงของตัวแทนจึงไม่สามารถที่จะจำกัดหรือขยายเพิ่มเติมโดยกฎหมายได้

ขอบเขตของอำนาจโดยปริยายของตัวแทนโดยปกติแล้วจะค้นหาจากความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทน หรือลักษณะของธุรกิจหรือกิจการที่ตัวแทนไปกระทำการ และพฤติการณ์แวดล้อมต่าง ๆ และเมื่อมีอำนาจโดยปริยายเกิดขึ้นแล้ว ต้องปรากฏว่าการทำกรานั้น เป็น เรื่องที่เหมาะสม หรือจำเป็น หรือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ และประเพณีเพื่อจะจัดการงานตามที่ได้รับมอบหมายให้ลุล่วงไป เพียงแต่การทำให้ตัวแทนได้รับความสะดวกในการทำกิจการไม่ถึงว่าเป็นอำนาจโดยปริยาย เช่น ตัวแทนที่ได้รับมอบหมายให้ขายเตาแก๊สไม่มีอำนาจที่จะ เอาทรัพย์สินนั้น ไปจำหน่ายเพื่อชำระค่าเดินทางของตน²⁰¹

²⁰⁰Huebner V. Farmers Co-operative Ass'n 283 Minn 258, 167 N.W. 2d 369 (1969).

²⁰¹Oxweld Acetylene Co. V. Hughes, 12 Md 95A 45.

การที่ต้องแบ่งเป็นอำนาจโดยชัดแจ้งและอำนาจโดยปริยายนี้เป็นเรื่องทีละเอียดยในการตีความในเรื่องการกระทำของตัวแทนว่ามีอำนาจ เช่นนั้นหรือไม่ เช่นตัวการมอบหมายให้ตัวแทนขายรถยนต์คันหนึ่งแทนตน อำนาจโดยชัดแจ้งก็คือการขายรถยนต์คันดังกล่าว แต่มีปัญหาว่า ในการรับชำระราคารถยนต์นั้น ตัวแทนจะรับชำระโดยวิธีเป็นเงินสดหรือเป็นเช็ค ถ้าไม่มีเรื่องอำนาจโดยปริยายเข้ามาเสริมแล้วก็จะเห็นการกระทำของตัวแทนจะเป็นเรื่องนอกอำนาจหรือไม่มีอำนาจเลยในการรับชำระราคา แต่อย่างไรก็ตามถ้ามีอำนาจเกิดขึ้นแก่ตัวแทนแล้วก็ไม่มี ความแตกต่างในทางกฎหมายเลยที่จะแบ่งแยกเป็นอำนาจโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย²⁰² เว้นแต่อำนาจโดยปริยายจะเป็นพื้นฐานของอำนาจชนิดอื่น ๆ อีก²⁰³

2.2.1.2 อำนาจที่เกิดขึ้นเองจากความสัมพันธ์ตามสัญญาตัวแทน

(Inherent Agency Power)

เป็นอำนาจของตัวแทนประเภทหนึ่งและเป็นลักษณะเฉพาะของประเทศ Anglo-America ซึ่งแม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้รับแนวความคิดกฎหมายตัวแทนมาจากประเทศอังกฤษก็ตาม แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำมาพัฒนาและดัดแปลงให้เหมาะสมกับแนวความคิดของประเทศตนเอง

อำนาจของตัวแทนประเภทนี้ถือว่าเกิดจากความสัมพันธ์ทางสัญญาตัวแทนโดยเฉพาะ เพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลที่เข้าทำการกับตัวแทนมิให้ต้องเกิดความเสียหาย และอำนาจนี้มีได้เกิดจากการแต่งตั้งของตัวการ หรือหลักกฎหมายปิดปาก หรืออำนาจที่แสดงให้ปรากฏของตัวการ แต่อย่างไรก็ดี²⁰⁴ หลักเกณฑ์เช่นนี้พัฒนามาจากความรับผิดชอบของนายจ้าง

²⁰² Warren A. Seavey, Law of Agency, P. 12.

²⁰³ โปรดดูในเรื่อง อำนาจที่แสดงให้ปรากฏของตัวการ (Apparent Authority or Ostensible Authority), หน้า 73.

²⁰⁴ American Law Institute, Restatement of Agency, 2d. Sections 8A.

ซึ่งต้องรับผิดชอบจากผลการทำละเมิดของลูกจ้างในทางการที่จ้าง (in the Scope of Employment) แม้ว่าการแสดงออกของนายจ้างนั้นจะมีข้อบกพร่องของความรับผิดชอบก็ตาม

ปกติตัวการจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตัวแทน เมื่อตนเองได้แต่งตั้งหรือมอบอำนาจให้แก่ตัวแทนนั้น หรือแสดงให้เห็นปรากฏซึ่งอำนาจของตนเองแก่บุคคลที่สาม หรือตัวแทนว่าตนเองได้แต่งตั้งตัวแทนนั้น เป็นตัวแทนของตน แต่ลักษณะของการแต่งตั้งหรือมอบหมายหรือการให้คำสั่ง คำแนะนำของตัวการต่อตัวแทนนั้น บุคคลที่สามอาจจะไม่ทราบได้ทั้งหมด ตัวแทนอาจทำการฝ่าฝืนคำสั่งนั้นโดยตัวการไม่ทราบ และยิ่งไปกว่านั้น บางลักษณะของการมอบหมายตัวแทนอาจแสดงว่าตนเองมีอำนาจมากกว่าที่ตัวการมอบหมายมาอีก เช่น ในกรณีที่ตัวแทนครอบครองทรัพย์สินของตัวการอยู่ ตัวแทนเองอาจแสดงว่าเป็นเจ้าของเองก็ได้ ดังนั้นตัวแทนอาจต้องให้ตัวการรับผิดชอบในกรณีเช่นนี้ได้ แม้ว่าตัวแทนจะกระทำเพื่อประโยชน์ของตนเองก็ตาม

อำนาจของตัวแทนประเภทนี้จะแตกต่างกับอำนาจซึ่งได้แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการ (Apparent Authority) ก็คือ อำนาจที่เกิดจากความสัมพันธ์ทางสัญญาตัวแทน (Inherent Agency Power) นี้ จะเกิดจากการกระทำของตัวแทนเอง ซึ่งตัวแทนจะแสดงต่อบุคคลภายนอกว่าตนเองมีอำนาจมากกว่าที่เป็นจริง แต่อำนาจซึ่งได้แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการนั้นจะเป็นอำนาจที่เกิดจากการแสดงออกของตัวการต่อบุคคลที่สามโดยตรง

ความรับผิดชอบของตัวการเช่นนี้ได้ถูกสร้างขึ้นโดยศาล²⁰⁵ เป็นผู้สร้างขึ้นเอง แม้ว่าจะเป็นการไม่เป็นธรรมแก่ตัวการก็ตาม แต่การที่ตัวการได้จัดให้ตัวแทนอยู่ในฐานะเช่นนั้นตัวการก็ควรรับผิดชอบ แม้ว่าการกระทำของตัวแทน ตัวการ ไม่อาจคาดหมายได้ก็ตาม ดังนั้นหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบนี้ จึงกำหนดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะให้ตัวการได้เลือกสรรบุคคลที่ควรจะเป็นตัวแทนของตน และต้องคอยสอดส่องดูความประพฤติและการทำกิจการของตัวแทนด้วยตัวเอง เพื่อมิให้บุคคลที่สามผู้สุจริตต้องเสียหายจากการกระทำของตัวแทน

²⁰⁵ W. Edward Sell, Sell on Agency, P. 7.

2.2.1.3 อำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการ (Apparent Authority or Ostensible Authority)

อำนาจนี้เกิดจากการแสดงออกของบุคคลหนึ่งซึ่งแสดงต่อบุคคลที่สามว่ามีบุคคลอีกคนหนึ่งเป็นตัวแทนของตน และบุคคลนั้นก็ยอมกระทำการเป็นตัวแทน โดยถือว่าตัวแทนนี้ได้รับอำนาจนี้จากตัวการ²⁰⁶ และตัวการต้องรับผิดชอบในการกระทำเช่นนั้นของตัวแทนต่อบุคคลที่สาม ดังนั้นพื้นฐานในการเกิดอำนาจประเภทนี้ของตัวแทนจึงเป็นผลมาจากการแถลงข้อความ การแสดงออกซึ่งความประหลาด การขาดความระมัดระวัง หรือการแสดงออกอย่างอื่น ๆ ซึ่งความยินยอมของตัวการต่อบุคคลที่สาม²⁰⁷ ซึ่งบุคคลที่สามได้เชื่ออย่างมีเหตุผลอันสมควรว่าตัวแทนกระทำไปโดยมีอำนาจโดยอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับบุคคลที่สามในการเกิดอำนาจนี้

อำนาจของตัวแทนประเภทนี้ก็ย่อมเกิดขึ้นได้อีก เช่นกันแม้ว่าตัวแทนจะได้รับการแต่งตั้งจากตัวการแล้วก็ตาม แต่การที่ตัวการยอมให้ตัวแทนอยู่ในฐานะที่อาจกระทำการนอกขอบอำนาจหรือเกินอำนาจต่อบุคคลที่สามได้ เช่น ตัวการแต่งตั้งให้ตัวแทนเป็นผู้จัดการร้านค้า²⁰⁸ เป็นต้น และในบางครั้งอำนาจเช่นนี้ก็อาจเกิดขึ้นจากขอบเขตของการทำกิจการ หรือจากจำนวนครั้งของการกระทำกิจการที่ตัวการได้มอบหมายให้แก่ตัวแทน เช่น ตัวการให้ตัวแทนกระทำการเช่นนั้นหลาย ๆ ครั้ง แม้ครั้งล่าสุดตัวการจะมีได้มอบให้ตัวแทนกระทำก็ตาม แต่ถ้าตัวแทนได้กระทำไปโดยตัวการรู้และยินยอม ก็ถือว่าตัวแทนได้รับอำนาจเช่นนี้เช่นกัน

²⁰⁶ American Law Institute, Restatement of Agency, 2d. Sections Sections 8.

²⁰⁷ Wen Kroy Realty Co. V. Public Nat. Bank & Trust Co., 260 NY 84, 183 NE 73.

²⁰⁸ Filter V. Vernonia, 64 Or App. 559, 669 P2d 350.

อำนาจซึ่งแสดงให้เห็นปรากฏของตัวการนี้มีใช้อำนาจโดยชัดแจ้ง (Express Authority) หรืออำนาจโดยปริยาย (Implied Authority)^{209, 210} เพราะมีใช้อำนาจที่ได้รับจากการแต่งตั้งมอบหมายโดยตรง แต่เป็นอำนาจที่ตัวการได้แสดงออกต่อบุคคลที่สาม

2.2.2 ตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ

อำนาจของตัวแทนถือว่าเป็นสิ่งที่จะชี้ให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทน และผลต่าง ๆ ที่จะตามมาในภายหลัง อำนาจของตัวแทนแม้ว่าจะถือว่าเป็นสิ่งที่เป็นนามธรรมในการที่จะให้ความคุ้มครองแก่ตัวแทนในการกระทำการแทนตัวการ ซึ่งในบางครั้งแม้ว่าตัวแทนจะไม่ได้รับอำนาจจากตัวการเลยก็ตาม ตัวแทนก็ยังคงมีอำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำการได้ ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่ยุ้งยากพอสมควรที่จะทำการเข้าใจในเรื่องอำนาจของตัวแทนได้ แต่อย่างไรก็ตามอำนาจของตัวแทนจะมีประโยชน์ในการที่จะแสดงให้เห็นว่ากิจการใดบ้างที่ตัวแทนทำได้ หรือทำไม่ได้ และมีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ตามกฎหมายกับตัวการอย่างไรบ้าง ฉะนั้นนักกฎหมาย Common Law ส่วนใหญ่จึงได้ให้ความสำคัญของอำนาจตัวแทนใน ความหมายของคำว่า "ตัวแทน" (Agency) ดังนี้ เช่น Professor Seavey²¹¹ กล่าวว่า "ตัวแทน เป็นความสัมพันธ์ที่เกิดจากความตกลงร่วมกันระหว่างบุคคลหนึ่ง (ตัวแทน) ซึ่งได้รับความไว้วางใจ และถูกควบคุมโดยบุคคลอีกคนหนึ่ง (ตัวการ) โดยมีอำนาจที่จะกระทำการให้เกิดการเปลี่ยนแปลงฐานะทางกฎหมายของตัวการได้"

²⁰⁹American Law Institute, Restatement of Agency, 2d. P. 30.

²¹⁰แต่ Professor Warren A. Seavey กล่าวว่า Apparent Authority นี้มีพื้นฐานมาจากอำนาจโดยปริยาย (Implied Authority) เช่นแต่งตั้งให้เป็นตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไป ตัวแทนย่อมมีอำนาจต่าง ๆ ที่จะแสดงต่อบุคคลที่สามว่าตนมีอำนาจเช่นนี้ได้ แม้แท้จริงแล้วตนเองไม่มีอำนาจก็ตาม (See. Warren A. Seavey, Law of Agency, P. 13.)

²¹¹G.H.L. Fridman, The Law of Agency, PP. 15-16.

Professor Powell²¹² กล่าวว่า "ตัวแทนคือบุคคลหนึ่งที่มีอำนาจที่จะกระทำการกระทบถึงฐานะทางกฎหมายระหว่างตัวการและบุคคลที่สามได้"

Professor Dowrick กล่าวว่า "ตัวแทนมีอำนาจตามกฎหมายที่จะเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและบุคคลที่สาม"

จะเห็นว่านักกฎหมายของ Common Law ได้ให้ความสำคัญในเรื่องอำนาจของตัวแทนเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะจะถือว่าถ้าการใดที่ตัวแทนกระทำโดยมีอำนาจไม่ว่าจะเป็นอำนาจที่ได้รับจากตัวการหรืออำนาจที่ได้รับจากกฎหมายก็ตาม ก็เท่ากับตัวการกระทำ การนั้นโดยอำนาจของตนเอง เช่น ถ้าพิจารณาจากผลที่ตัวการมอบหมายให้ตัวแทนทำสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งแทนตน เมื่อตัวแทนได้ทำสัญญาเช่นนั้นตามที่ตัวการมอบหมายทุกประการ แต่ถ้าตัวการทำการเช่นนั้นเอง ผลก็เท่ากัน

อำนาจของตัวแทนจะถูกกำหนดโดยความตกลงของคู่สัญญาและโดยผลของกฎหมายที่จะบังคับไว้ ดังนั้นตัวแทนจึงไม่อาจที่จะใช้อำนาจนั้นไปในทางที่ผิด ๆ ได้ ซึ่งถ้าตัวแทนใช้อำนาจเช่นนั้นก็จะเกิดความรับผิดแก่ตัวแทนขึ้นทันที ดังได้กล่าวในเรื่องของการเกิดขึ้นของตัวแทนแล้วว่า ความสัมพันธ์ในลักษณะตัวแทนอาจเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายก็ได้ แม้ว่าคู่กรณีจะไม่ได้มีความตกลงร่วมกันก็ตาม ดังนั้นอำนาจของตัวแทนก็ย่อมอาศัยหรือได้รับมาจากลักษณะดังกล่าวเช่นกัน กล่าวคือ ถ้าคู่สัญญาได้ตกลงกันไว้เป็นประการใดแล้ว ขอบเขตอำนาจของตัวแทนย่อมจำกัดเพียงเท่าที่ได้ตกลงกันไว้เท่านั้น แต่ถ้าไม่มีความตกลงกันมาก่อนหรือตัวแทนที่เกิดโดยผลของกฎหมายแล้วตัวแทนนั้น ๆ ก็ย่อมได้รับอำนาจจากการกำหนดของกฎหมาย เช่น ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก (Agency by Estoppel)^{213, 214}

²¹² Raphael Powell. The Law of Agency, P. 6.

²¹³ Ibid., P. 16.

²¹⁴ แต่ Professor Montrose เห็นว่า อำนาจของตัวการโดยกฎหมายปิดปากนี้ เกิดจากการแสดงออกซึ่งความประพฤติของตัวการต่อบุคคลที่สามที่ได้หลงเชื่อ เช่นนั้นโดยสุจริต มิใช่เกิดโดยผลของกฎหมาย ซึ่งท่านได้อธิบายว่า อำนาจของตัวแทนเกิดจากตัวการมี 2 ประการ คือ

1. โดยความตกลงของตัวการและตัวแทน
2. โดยการแสดงออกซึ่งความประพฤติของตัวการต่อบุคคลที่สาม

2.2.2.1 อำนาจที่แท้จริง (Actual Authority)

เป็นอำนาจที่ตัวแทนได้รับจากตัวการโดยตัวการมีเจตนาและได้ตกลงยินยอมมอบให้แก่ตัวแทน ตามลักษณะการเกิดขึ้นของตัวแทนโดยความตกลง (by Agreement) หรือโดยสัญญา ซึ่งตัวการอาจมอบให้แก่ตัวแทนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ โดยตัวการอาจแสดงออกโดยวาจาหรือทำเป็นหนังสือก็ได้ เรียกว่าอำนาจที่แท้จริงโดยชัดแจ้ง (Express Actual Authority) หรืออำนาจที่แท้จริงอาจได้รับจากการคุ้มครองของกฎหมายก็ได้โดยอาศัยการตีความในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา เรียกว่าอำนาจที่แท้จริงโดยปริยาย (Implied Actual Authority) หรือธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า หรือทางปฏิบัติในธุรกิจของคู่สัญญา อำนาจที่แท้จริงนี้จะชี้ให้เห็นถึงสิทธิและความรับผิดชอบของตัวการต่อบุคคลที่สาม

ก.) อำนาจที่แท้จริงโดยชัดแจ้ง (Express Actual Authority)

อำนาจที่แท้จริงโดยชัดแจ้งนี้ จะเกิดขึ้นโดยการกระทำของตัวการไม่ว่าตัวการจะแสดงออกโดยวาจา หรือทำเป็นหนังสืออย่างชัดแจ้งก็ได้ว่า ต้องการให้ตัวแทนทำการอย่างใดแทนตน และอำนาจของตัวการที่แสดงออกโดยทำเป็นหนังสือนั้นจะมีการประทับตราหรือไม่ก็ได้²¹⁵ เช่น อาจทำเป็นตราสาร (Deed) ซึ่งเรียกว่า หนังสือมอบอำนาจ (Power of Attorney)²¹⁶ แต่อย่างไรก็ตามอำนาจของตัวแทนที่ตัวการได้ทำเป็นหนังสือมอบหมายให้โดยชัดแจ้งนี้อาจจะถูกจำกัดโดยวาจาของตัวการอีกชั้นหนึ่งก็ได้²¹⁷ หมายความว่าตัวการอาจจะทำการจำกัดอำนาจที่ตนเองมอบให้แก่ตัวแทนแล้วอีกครั้งหนึ่งโดยวาจาก็ย่อมได้

²¹⁵Raphael Powell, The Law of Agency, P. 36.

²¹⁶หนังสือมอบอำนาจนี้ นักกฎหมายประเทศอังกฤษถือว่าเป็นการรับรองอำนาจของตัวแทนโดยตัวการ แม้ว่าพระราชบัญญัติ Power of Attorney Act 1971 จะไม่ได้ให้คำนิยามไว้ก็ตาม (See. F.M.B. Reynolds. Bowstead on Agency. P. 99).

²¹⁷Danby V. Coutts & Co. (1885), 29 Ch.D. 500.

การที่จะค้นพบอำนาจที่แท้จริงโดยชัดแจ้งของตัวแทนนี้ต้องอาศัยการแปลความหมายอย่างเคร่งครัด และเมื่อมีความสงสัยต้องตีความในหนังสือมอบอำนาจนั้น ถ้าตัวแทนได้รับการมอบอำนาจอย่างชัดแจ้ง แต่ตัวการไม่ได้ให้คำมั่นว่า การกระทำ การตามที่มีมอบหมายนั้นต้องทำโดยวิธีใด ตัวแทนอาจกระทำการใด ๆ เท่าที่จำเป็นโดยสุจริต เพื่อให้การที่ได้รับมอบหมายบรรลุผลสำเร็จได้ แม้ว่าจะเกิดความเสียหายแก่ตัวการในภายหลังก็ตาม ตัวแทนก็ไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำตามอำนาจที่ชัดแจ้งนั้น²¹⁸

ข.) อำนาจที่แท้จริงโดยปริยาย (Implied Actual Authority)

ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจที่แท้จริงโดยเกิดจากตัวการได้ยินยอมมอบอำนาจนี้ให้แก่ตัวแทนโดยปริยาย และถือว่าตัวการได้ยินยอมให้ตัวแทนกระทำการแทนตนด้วย โดยพิจารณาจากการแสดงออกของคู่สัญญาและพฤติการณ์ต่าง ๆ ในคดีนั้น²¹⁹ เช่น การที่ได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้จัดการบริษัทก็ย่อมมีอำนาจกระทำการต่าง ๆ ภายในขอบเขตของงานที่เกี่ยวข้องกับบริษัทด้วย

โดยปกติตัวแทนที่ได้รับการแต่งตั้งย่อมมีอำนาจโดยความจำเป็นที่จะกระทำการที่จำเป็นหรือกระทำการที่เกี่ยวข้องเนื่องตามธรรมดาของงานนั้น เพื่อให้การที่ได้รับมอบหมายนั้นสำเร็จลงได้ และถือว่าอำนาจเหล่านี้ก็เป็นอำนาจโดยปริยายส่วนหนึ่งด้วย เช่น ตัวแทนได้รับอำนาจให้ไปทำสัญญาแทนตัวการก็ย่อมมีอำนาจโดยปริยายที่จะลงชื่อในสัญญาที่ตนเองทำขึ้นกับบุคคลที่สามด้วย²²⁰

ในกรณีที่ตัวแทนได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้รับชำระเงินแทนตัวการนั้นให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าตัวแทนไม่มีอำนาจโดยปริยายที่จะรับชำระเงินโดยวิธีอื่นนอกจากเงินสด เว้นแต่จะมีทางปฏิบัติทางการค้าหรือธรรมเนียมประเพณีในเรื่องการค้ำนั้นโดยเฉพาะให้รับชำระ²²¹

²¹⁸ Moore V. Mourgue (1776), 2 Cowp. 479.

²¹⁹ Hely-Hutchinson V. Brayhead Ltd., (1968) 1 QB. 549 at 583.

²²⁰ Rosenbaum V. Belson, (1900) 2 Ch 267.

²²¹ Sweeting V. Pearch, (1859) 7 C.B. (N.S.) 449.

โดยวิธีอื่นนอกจากเงินสดได้ และทางปฏิบัติทางการค้าหรือธรรมเนียมประเพณีเช่นนั้น ตัวการต้องรู้ขณะที่มอบอำนาจให้แก่ตัวแทนด้วย

อำนาจโดยปริยายที่เกิดจากธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าอาชีพ หรือทางธุรกิจที่ตัวแทนจะได้รับนั้นต้อง เป็นสิ่งที่เกี่ยวเนื่องและจำเป็น เพื่อกระทำการตามกิจการที่ได้รับมอบหมายจากตัวการให้สำเร็จลุล่วงไปได้ เช่นตัวแทนที่ได้รับการแต่งตั้งให้ขายม้าแทนตัวการย่อมมีอำนาจโดยปริยายที่จะรับรองต่อบุคคลที่สามว่าม้านั้นมีสุขภาพสมบูรณ์ดี²²² หรือตัวแทนที่เล่นการพนันแทนตัวการก็ย่อมมีอำนาจโดยปริยายที่จะต้องชำระหนี้ เมื่อตนเองแพ้พนัน²²³ หรือตัวแทนที่ได้รับแต่งตั้งให้ไปกู้ยืม เงินแทนตัวการก็ย่อมมีอำนาจโดยปริยายที่จะรับรองการชำระหนี้ของตัวการได้²²⁴

เมื่อพิจารณาอำนาจโดยปริยายที่เกิดจากธรรมเนียมหรือทางปฏิบัติ (Usual) ระหว่างคู่สัญญาแล้วดูคล้ายกับว่าจะกว้างขวางไม่มีขอบเขต แต่กระนั้นก็ตาม ขอบเขตก็พิจารณาเบื้องต้นดังได้กล่าวข้างต้นแล้วว่าอำนาจนี้ ตัวแทนจะได้รับก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นมีความจำเป็นและ เกี่ยวเนื่อง เพื่อให้การที่ได้รับมอบหมายสำเร็จลงได้เท่านั้น และยังขึ้นอยู่กับข้อจำกัดในเรื่องอำนาจที่ตัวการได้จำกัดอำนาจหรือยกเว้นอำนาจนี้ไว้โดยอาศัยซึ่งหลักความตกลงนั่นเอง ดังที่ผู้พิพากษา Wills ได้กล่าวไว้ในคดี *Watteau V. Fenwick*²²⁵ "ตัวการต้องรับผิดชอบต่อการกระทำทุกอย่างของตัวแทนที่อยู่ภายในขอบเขตของธรรมเนียมปฏิบัติตามปกติ" การจำกัดอำนาจชนิดนี้ตัวการแม้จะได้ตกลงจำกัดอำนาจกับตัวแทนแล้วก็ตาม ตัวการยังต้องรับผิดชอบในการกระทำของตัวแทนอยู่ เพราะศาลอังกฤษถือว่า เป็นเรื่องที่ได้รับรู้กันภายในระหว่างตัวการและตัวแทนเท่านั้น ดังนั้นข้อยกเว้นในเรื่องอำนาจชนิดนี้จะมีผลใช้บังคับบุคคลที่สามได้ก็ต่อเมื่อบุคคลที่สามได้รู้ถึงข้อจำกัดอำนาจนี้แล้วเท่านั้น²²⁶

²²²Howare C. Sheward, (1866) LR 2 CP 148.

²²³Read V. Anderson, (1884) 13 QBD 779.

²²⁴Howard V. Chapman, (1831) 4 C & P 508.

²²⁵(1893) 1 QB. 346 at 348.

²²⁶G.H.L. Fridman, Law of Agency, PP. 59-60.

อำนาจที่เกิดจากธรรมเนียมปฏิบัติตามปกตินี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับ "การเชิด" หรืออำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการ แต่ถ้าเข้าใจและพิจารณาในเรื่องการเกิดขึ้นของตัวแทนและอำนาจของตัวแทนแล้วจะเห็นว่า อำนาจทั้งสองแตกต่างกันดังนี้คือ อำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการ (Apparent Authority) นั้นเป็นผลจากการที่ได้แสดงว่ามีบุคคลหนึ่ง เป็นตัวแทนของตนและความสัมพันธ์ใน เรื่องการเกิดขึ้นของตัวแทนก็ไม่ได้เกิดขึ้นอย่างชัดเจนหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ไม่มีเจตนาที่จะให้เกิดขึ้นแต่อำนาจโดยปริยายที่เกิดจากธรรมเนียมปฏิบัติตามปกตินี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องเนื่องจากผลของการที่ตัวแทนได้ เกิดขึ้นแล้วอย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตามศาลอังกฤษเองก็ยังใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องของอำนาจทั้งสองชนิดนี้ปนเปกันอยู่ ดังเช่นดังต่อไปนี้

คดี *Edmunds V. Bushell and Jones*²²⁷ ตัดสินว่า ตัวการที่ได้ว่าจ้างตัวแทน เข้าจัดการในธุรกิจของตน ถือว่าตัวแทนย่อมมีอำนาจโดยปกติและเกี่ยวข้องเนื่องที่จะรับและ เบิกเงินจากตัวเงินได้ แต่ตัวการได้จำกัดมิให้ตัวแทนรับและ เบิกเงินจากตัวเงิน ต่อมาตัวแทนได้รับตัวเงินไว้ฉบับหนึ่ง ถือว่าตัวการต้องรับผิดชอบผู้ที่สลักหลังตัวเงินนั้นผู้ซึ่งไม่ทราบถึงข้อจำกัดอำนาจของตัวแทนนั้น"

ในคดีนี้ศาลอังกฤษได้ใช้หลักกฎหมายปิดปากมาใช้บังคับ โดยศาลถือว่าตัวการได้ทำการ เชิด ตัวแทน ทำให้ตัวแทนได้รับอำนาจซึ่งแสดงให้เห็นปรากฏของตัวการ (Apparent Authority) ที่ตัวแทนสามารถกระทำสัญญาดังกล่าวกับบุคคลที่สามได้ แต่ถ้าพิจารณาอย่างแท้จริงแล้วจะ เห็นได้ชัดว่า ในเรื่องนี้มีใช้เรื่องกฎหมายปิดปาก แต่เป็น เรื่องอำนาจโดยปริยายของตัวแทนที่ได้รับจากธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าหรือธุรกิจ โดยพิจารณาจากฐานะหรือตำแหน่งของตัวแทนในธุรกิจนั้น ๆ

คดี *Duan V. Simmimins*²²⁸ ศาลตัดสินว่า ตัวการได้ลงชื่อในหนังสือแต่งตั้งตัวแทนให้ต่อ เดิมบ้านและได้กำหนดให้ตัวแทนซื้อ เครื่องวัดระดับ

²²⁷(1865) LR 1 QB 97.

²²⁸(1879) 41 LT 783.

ในการก่อสร้างจาก X เท่านั้น แต่ตัวแทนได้ไปซื้อเครื่องมือดังกล่าวจาก Y ถือว่าตัวการไม่ต้องรับผิดชอบต่อ Y เพราะเหตุตามธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า Y ควรรู้ว่าการแต่งตั้งให้ซื้อสินค้านั้นต้องซื้อจากบุคคลที่กำหนดไว้โดยเฉพาะเท่านั้น และ Y ก็รู้ว่าตนเองมิใช่เป็นบุคคลที่ตัวแทนได้รับการแต่งตั้งให้ทำการซื้อขายกับตน

ในกรณีเช่นนี้บุคคลที่สามควรระมัดระวังถึงข้อจำกัดอำนาจของตัวแทนด้วย เพราะเหตุว่าตนเองเป็นผู้มีความรู้ในธุรกิจหรือการค้าานั้น ศาลถือว่ากรณีนี้เป็นเรื่องอำนาจโดยปริยายของตัวแทนมิใช่อำนาจที่แสดงให้ปรากฏของตัวการ (Apparent Authority) เพราะศาลถือว่าบุคคลที่สามได้ล่วงรู้ถึงข้อจำกัดอำนาจโดยปริยายของตัวแทนแล้ว

อำนาจโดยปริยายอีกประการหนึ่งก็คือ อำนาจที่เกิดจากประเพณี (Customary Authority) ที่ใช้กันอยู่ในสถานที่ ตลาด หรือในธุรกิจที่ตัวแทนได้ไปทำการงานนั้น ๆ ถ้าในสถานที่นั้น ๆ มีธรรมเนียมประเพณีใช้กันอย่างไรแล้ว ถ้าตัวแทนได้ปฏิบัติตามประเพณีนั้น ๆ ก็ย่อมถือว่าตัวแทนกระทำไปโดยมีอำนาจด้วย เช่น ในคดี Bayliffe V. Butterworth²²⁹ ศาลได้ตัดสินว่า การที่ตัวการได้แต่งตั้งให้ A เป็นนายหน้าในการขายหุ้นของตนเองนั้น เมื่อ A ได้ขายหุ้นนั้นให้แก่ X นายหน้าอีกคนหนึ่ง แต่ไม่ได้ส่งมอบหุ้นนั้นให้แก่ X X จึงได้ไปซื้อหุ้นจากคนอื่นตามราคาตลาดหุ้น และ X ได้เรียกร้องราคาที่ดินเองซื้อหุ้นที่สูงขึ้นจาก A ศาลอังกฤษถือว่าตามประเพณีการซื้อขายหุ้นของเมือง Liverpool แล้ว A ต้องรับผิดชอบต่อ X ในราคาที่ X ซื้อหุ้นที่สูงขึ้นและเมื่อ A ได้ชดใช้ราคานั้นแก่ X แล้ว ตัวการต้องชดใช้ให้แก่ A ด้วยเพราะตัวการได้รู้ถึงประเพณีการขายหุ้นของเมือง Liverpool แล้ว

ดังนั้นจากคำตัดสินในคดีนี้จะเห็นได้ว่าประเพณีนั้นต้องเป็นประเพณีที่ตัวการต้องรู้ และนอกเหนือจากนั้นประเพณีนั้นต้องเป็น เรื่องที่มี เหตุผลที่สมควร และถูกต้องตามกฎหมายด้วย แต่ถ้าประเพณีนั้นถูกต้องตามกฎหมาย แต่ไม่มีเหตุผลที่สมควรแล้ว

²²⁹ (1847) 1 EX 425).

ตัวการก็ไม่ต้องผูกพันตามประเพณีนั้น ๆ เว้นแต่ว่าตัวการจะตกลงโดยชัดแจ้งว่าตนเองยอมผูกพันตามประเพณีนั้น

ประเพณีที่ขัดกับลักษณะหรือกระทบต่อความสัมพันธ์ตาม

สัญญาตัวแทนแล้ว ก็ถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่มีเหตุผลที่สมควรเช่นกัน เช่นคดี *Robinson V. Mollet*²³⁰ กล่าวว่า ตัวการที่ตั้งตัวแทนให้ทำการซื้อไขสำหรับทำสบู่ นั้น มีประเพณีว่าตัวแทนจะซื้อในนามของตนเองก็ได้ และตัวแทนก็ซื้อในนามของตนเอง แต่ได้ซื้อจำนวนมากว่าที่ตัวการได้มอบหมาย และได้ส่งมอบให้แก่ตัวการตามจำนวนที่ตัวการมอบหมาย แต่ตัวการปฏิเสธไม่ยอมรับไขทำสบู่ นั้น เพราะถือว่าตัวแทนทำนอกเหนือคำสั่ง ตัวแทนจึงขายไขทำสบู่ นั้นทั้งหมดให้แก่ผู้อื่นและฟ้องเรียกราคาจากตัวการ ศาลตัดสินว่าตัวแทนจะฟ้องเรียกราคาจากตัวการไม่ได้ และถือว่าตัวการไม่ต้องผูกพันตามประเพณีในการค้าเช่นนั้น เพราะตัวการไม่ทราบถึงประเพณีเช่นนั้น และประเพณีเช่นนี้ขัดกับลักษณะของสัญญาตัวแทนตามที่ได้ตกลงกันไว้ เพราะเหตุว่าตัวการและตัวแทนต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อบุคคลที่สามอยู่แล้ว

ประเพณีต่าง ๆ นั้น แม้ว่าจะ เป็น เรื่องที่มี เหตุผลที่สมควร และถูกต้องตามกฎหมายอีกทั้งต้องไม่ขัดกับลักษณะของความสัมพันธ์ทางสัญญาตัวแทนแล้ว ประเพณีเหล่านั้นตัวการอาจยกเว้นอย่างชัดแจ้งไว้ในสัญญาตัวแทนได้²³¹ และ เมื่อใดตัวแทนได้กระทำการและปฏิบัติตามประเพณีที่ตัวการได้ตกลงยกเว้นไว้ดังกล่าวแล้ว ตัวการก็ไม่ต้องผูกพันตามประเพณีนั้น ๆ ก็ได้

อำนาจโดยปริยายนี้ยังอาจเกิดขึ้นได้จากประเภทหรือชนิดของตัวแทนอีกด้วย เช่น ตัวแทนค้าต่าง (Factors) สามารถที่จะกระทำการที่มอบหมายในนามของตนเองได้ เว้นแต่ตัวจะให้ทำในนามของตัวการเองเท่านั้น ถ้าตัวแทนค้าต่างไม่ทำในนามของตนเองก็ยังมีสิทธิที่จะรับชำระราคาด้วยตนเองได้และยังสามารถกระทำการตามที่มอบหมายในทางที่ตนคิดว่าดีที่สุด เช่นการให้เชื่อราคา หรือรับประกันสินค้า นั้น ๆ ได้

²³⁰ (1875) LR 7 HL 802.

²³¹ Benham and Reeves V. Christensen (1979) CLY 31.

แต่กฎหมาย Common Law²³² ไม่อนุญาตให้ตัวแทนค้าต่างเอาสินค้านั้นออกจำหน่าย หรือเอาไปแลกเปลี่ยนสินค้าอื่น หรือ ผู้ขายทอดตลาด (Auctioneers) มีอำนาจโดยปริยายที่จะลงชื่อแทนผู้ขายและผู้ซื้อได้ แต่ไม่มีอำนาจรับชำระหนี้เป็นอย่างอื่น นอกจากเงินสด หรือไม่มีอำนาจที่จะให้เชื่อราคาหรือรับประกันคุณภาพของสินค้าที่ขายนั้น และไม่มีอำนาจขายสินค้าในราคาที่ต่ำกว่าที่ตัวการกำหนด แต่ถ้าผู้ขายทอดตลาดกระทำการดังกล่าว ตัวการไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะถือว่าตัวแทนนั้นผิดคำรับรองว่ากระทำโดยมีอำนาจ (Breach of the Implied Warranty of Authority) หรือนายเรือ (Shipmasters) ที่มีอำนาจนอกจากหลักในเรื่องการเกิดขึ้นของตัวแทนโดยความจำเป็นแล้ว นายเรือมีอำนาจที่จะกระทำการใด ๆ ที่เหมาะสมเพื่อให้การเดินทางนั้นประสบความสำเร็จ เช่น ซ่อมแซมเรือ โดยใช้ชื่อตัวการในการประกันการชำระหนี้ หรือกู้ยืมเงินในนามตัวการเพื่อการซ่อมแซมเรือที่จำเป็น แต่ในกรณีที่ไม่ใช่เรื่องจำเป็นแล้วถือว่าไม่มีอำนาจโดยปริยาย เช่น การลงชื่อในใบตราส่งที่ตนเองยังไม่ได้รับสินค้า²³³ หรือทนายความ (Solicitor) มีอำนาจโดยปริยาย ที่จะรับเงินหลังจากที่ตนเองได้ชนะคดีแล้ว หรือมีอำนาจประนีประนอมยอมความ หรือถอนฟ้องได้ แต่ทนายความนั้นไม่มีอำนาจประนีประนอมยอมความก่อนที่ตนจะฟ้องคดี และในคดีล้มละลายทนายความไม่มีอำนาจที่จะรับหนังสือบอกกล่าวแทนลูกความของตนเอง

2.2.2.2 อำนาจที่แสดงให้เห็นปรากฏของตัวการ (Apparent Authority or Ostensible Authority)

อำนาจประเภทหนึ่งของตัวแทนถือว่าเป็นอำนาจของตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก (Agency by Estoppel)²³⁴ หรือตัวแทนชัด ซึ่งตัวแทนได้รับอำนาจนี้จากการแสดงออก หรือเป็นผลมาจากความประพฤติดของตัวการที่แสดงออกว่าตัวแทนนั้นได้รับการแต่งตั้งมีอำนาจกระทำการแทนตัวการได้ แม้ว่าแท้จริงแล้ว ตัวการจะไม่มีประสงค์หรือเจตนาเช่นนั้นก็ตาม และเพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลที่สามผู้กระทำการโดยสุจริต

²³² Factors Act. 1889.

²³³ Rasnoimport V. Guthrie & Co Ltd., (1966).

²³⁴ G.H.L. Fridman, Law of Agency, P. 98.

กฎหมายจึงถือเสมือนว่าตัวแทนนั้นกระทำโดยมีอำนาจ²³⁵ แม้ว่าแท้จริงแล้วตัวแทนจะไม่มีอำนาจกระทำการ เช่นนั้น เลยก็ตาม

ดังนั้นอำนาจนี้จึง เป็นผลบังคับจากกฎหมายโดยพิจารณาจากความเข้าใจของบุคคลที่สามเป็นหลัก โดยอาศัยการแสดงออกซึ่งความประหลาดของตัวการที่มีต่อตัวแทนหรือบุคคลที่สาม²³⁶

อำนาจประเภทนี้นักกฎหมายของประเทศอังกฤษบางท่าน²³⁷ ถือว่าเป็นอำนาจโดยปริยาย (Implied Authority) อย่างหนึ่ง โดยถือว่าเป็นอำนาจจากทางปฏิบัติของตัวการ (Usual Authority) แต่ความแตกต่างของอำนาจทั้งสองนี้อาจจะพบได้ แม้ว่าตัวแทนนั้นจะได้รับการแต่งตั้งมาแล้ว โดยได้รับอำนาจที่แท้จริง (Actual Authority) มาก่อนแล้วก็ตาม ดังที่ Lord Denning ได้กล่าวไว้ในคดี Hely-Hutchinson V. Brayhead Ltd.²³⁸ ว่า เมื่อคณะกรรมการของบริษัทได้แต่งตั้งบุคคลใดในสมาชิกของตนเป็นผู้จัดการบริษัทแล้ว พวกเราไม่เพียงแต่จะให้อำนาจโดยปริยายแก่ผู้จัดการเท่านั้น แต่ยังสามารถให้อำนาจที่จะแสดงให้บุคคลที่สามเชื่อว่าตัวแทนมีอำนาจ เช่นนั้นด้วย (Ostensible Authority) ในการกระทำการใด ๆ ที่อยู่ภายในขอบอำนาจโดยปกติของบริษัทอีกด้วย

ดังนั้นจะเห็นได้จากคำตัดสินในคดีนี้ว่า บางครั้ง Apparent Authority นี้จะกลมกลืนกับอำนาจที่แท้จริง (Actual Authority) แม้ว่าอำนาจที่แท้จริงนั้น (รวมทั้งอำนาจโดยปริยายด้วย) จะไม่ใช่เรื่องเดียวกันกับอำนาจ Apparent Authority ก็ตาม และในบางครั้งอำนาจ Apparent Authority นี้อาจจะเกินเลยถึงอำนาจที่แท้จริงได้ ดังเช่น ผู้พิพากษา Diplock ได้กล่าวไว้ในคดี Freeman & Lockyer V. Buckhurst

²³⁵ G.H.L. Fridman, Law of Agency, P. 98.

²³⁶ F.M.B. Reynolds, Bowstead on Agency. P. 92.

²³⁷ เช่น G.H.L. Fridman และแม้แต่ศาลอังกฤษเองในศตวรรษที่ 19 ก็ถือว่าอำนาจนี้เป็นอำนาจโดยปริยายเช่นกัน (ดูคดี Brooks V. Hassall (1883) 49 L.T. 569).

²³⁸ (1967) 3 ALL ER 98 at 102.

Park Properties (Mangal) Ltd.²³⁹ ว่า อำนาจ Apparent Authority และ Ostensible Authority คือ "ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างตัวการกับบุคคลที่สาม ที่ได้เกิดขึ้นโดยการแสดงออกว่ามีความ เป็นตัวการตัวแทนเกิดขึ้น ซึ่งในการนี้ตัวการได้แสดง ต่อบุคคลที่สามโดยตั้งใจหรือโดยเจตนา และถือว่าตัวแทนมีอำนาจที่จะทำการแทนตัวการภายใน ขอบเขตอำนาจของ Apparent Authority ดังนั้นตัวการต้องรับผิดชอบตามสัญญาที่ตัวแทนได้ กระทำขึ้นกับบุคคลที่สามนั้น" ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยวิธีนี้ ถือว่าตัวแทน เป็นคนแปลกหน้า ตัวแทนไม่ต้องระมัดระวังในการแสดงออกเลย แต่เมื่อบุคคลที่สามได้ เข้าทำสัญญากับตัวแทน แล้วก็ใช้หลักกฎหมายปิดปาก (Estoppel) มาบังคับ เพื่อป้องกันมิให้ตัวการปฏิเสธความรับผิดชอบ ตามสัญญาที่บุคคลที่สามได้กระทำกับตัวแทนนั้น

ความเกี่ยวพันของอำนาจโดยปริยาย (Implied Authority) และอำนาจที่แสดงให้ปรากฏของตัวการ (Apparent Authority) นี้ มีบางกรณีเป็นเรื่อง ที่สังคมนำ เรื่องการเกิดขึ้นของอำนาจทั้งสองนี้โดยเมื่อตัวแทนได้รับอำนาจโดยปริยาย เป็นที่ แน่แน่นอนแล้วบุคคลที่สามก็กระทำการกับตัวแทน เพราะถือว่าตัวแทนมีอำนาจ เช่นนี้อยู่ ซึ่งใน บางครั้งก็เกิดอำนาจโดยปริยายหรือในบางครั้งก็เกิด Apparent Authority ความแตกต่าง ของอำนาจทั้งสองนี้จะค้นหาคำตอบได้ยากพอสมควร แต่ความแตกต่างนั้นย่อมมีอยู่แน่นอน ความสำคัญของการแตกต่างนั้นอยู่ที่การพิสูจน์ว่า อำนาจโดยปริยายนั้นเกิดขึ้นได้ต้องแสดงว่า ตัวแทนกระทำด้วยความจำเป็น เพื่อให้การที่ตัวแทนได้รับมอบหมายมานั้นสำเร็จลงได้โดยกระทำ ให้เหมาะสมและมีเหตุผลตามลักษณะของสัญญาตัวแทน หรือในทางการค้า วิชาชีพ หรือทาง ปฏิบัติอื่น ๆ แต่ในเรื่อง Apparent Authority นั้น จะพิสูจน์ว่า ความประหลาดหรือ การแสดงออกของตัวการนั้นทำให้บุคคลที่สามเข้าใจผิด โดยทำให้บุคคลที่สามหลงเชื่อใน ความมีอยู่ของสัญญาตัวแทน ซึ่งจะมีผลนำไปสู่ความเสียหายของบุคคลที่สาม

กล่าวโดยสรุป Apparent Authority นี้ เกิดได้ 2 ประการ คือ²⁴⁰

²³⁹ (1964) 1 ALL ER 630 at 644.

²⁴⁰ F.M.B. Renolds, Bowstead on Agency, P. 95.

1.) กรณีที่บุคคลหนึ่งได้แสดงว่าบุคคลอีกคนหนึ่ง เป็นตัวแทนของตน และบุคคลที่สามได้หลงเชื่อได้เข้าทำการกับตัวแทนนั้น กรณีเช่นนี้ถือว่าเป็น เรื่องอำนาจที่แสดง ให้ปรากฏของตัวการอย่างแท้จริง (Genuine Apparent Authority) โดยใช้หลักกฎหมาย ปิดปากมาบังคับ

2.) กรณีที่ตัวการได้แสดงออกโดยได้จัดให้ตัวแทนอยู่ในฐานะ ที่จะใช้อำนาจในทางปฏิบัติของตัวการได้ (Usual Authority) ในกรณีเช่นนี้การใช้ หลักกฎหมายปิดปากมาบังคับดูจะไม่ค่อยเหมาะสม เท่ากับกรณีแรก เพราะ เหตุว่าได้มีสัญญา เกิดขึ้นในระหว่างตัวการและตัวแทนแล้ว

ทั้งสองกรณีตัวการต้องรับผิดชอบแม้ว่าจะได้สงวนหรือจำกัดอำนาจ ของตัวแทนไว้ก็ตาม เว้นแต่บุคคลที่สามได้รู้ถึงข้อจำกัดอำนาจนั้น ๆ แล้ว

2.2.2.3 อำนาจที่เกิดจากการสันนิษฐาน (Presumed Authority)

อำนาจประเภทนี้เกิดขึ้นได้ แม้ว่าจะไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญา ตัวแทนกันมาก่อนก็ตาม โดยเฉพาะแม้จะไม่มี การตั้งตัวแทนกันมาก่อนก็ตาม แต่เมื่อบุคคลใด ได้อาศัยความ เกี่ยวพันหรือมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันในลักษณะของครอบครัว หรือการเป็น สามีมภรรยาจนทำให้บุคคลภายนอกได้เข้าใจ เช่นนั้นแล้ว และ เมื่อหญิงนั้นได้กระทำการใด ๆ กับบุคคลภายนอกแล้ว ก็อาจถือว่ากระทำโดยมีอำนาจตามลักษณะตัวแทนได้ อำนาจเหล่านี้ จะเกิดขึ้นกับภรรยาที่อยู่กินกับสามี (Cohabitation) แม้ว่าจะไม่ได้สมรสกันตามกฎหมาย²⁴¹ ก็ตาม แต่ต้อง เป็นการกระทำหรือ เป็น เรื่องที่เกี่ยวกับครอบครัวหรือภายในบ้าน เท่านั้น และต้อง เป็น เรื่องที่จำเป็นด้วย²⁴²

²⁴¹ Debenham V. Mellon (1880) 5 QBD 39 at 402.

²⁴² รายละเอียดโปรดดูในเรื่องตัวแทนโดยความจำเป็น (Agency by Necessity),

สำหรับมูลเหตุที่เกิดอำนาจ เช่นนี้แก่หญิงที่อยู่กินกับชายในฐานะ
สามีภรรยากันนั้นก็ เพราะเหตุว่า ชายต้องมีหน้าที่เลี้ยงดูหญิงนั้น และความสามารถของหญิง
ที่ได้ทำการสมรสแล้วจะถูกจำกัดโดยกฎหมาย²⁴³

อำนาจที่เกิดจากการสันนิษฐานนี้ไม่ใช่อำนาจโดยปริยาย²⁴⁴
เพราะว่าอำนาจโดยปริยายนั้นต้องมีการแต่งตั้งตัวแทนกัน เกิดขึ้นมาก่อนโดยตัวแทนนั้นมีอำนาจ
โดยชัดแจ้งก่อนแล้ว แต่จะเป็น เรื่องของข้อเท็จจริงมากกว่าการแต่งตั้งมอบหมาย

2.2.3 ตามหลักประมวลกฎหมายแห่งของประเทศญี่ปุ่น

อำนาจของตัวแทนถือว่ามีความสัมพันธ์กับ เรื่องการ เกิดขึ้นของตัวแทน
เพราะประมวลกฎหมายแห่งของประเทศญี่ปุ่นถือว่าตัวแทน เกิดขึ้นโดยความตกลง หรือการมอบ
อำนาจของตัวการประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่งเกิดขึ้นโดยผลบังคับของกฎหมาย ซึ่งลักษณะ
ดังกล่าวนี้มีผลโดยตรงใน เรื่องอำนาจของตัวแทนที่จะได้รับในการกระทำการแทนตัวการ
เช่นกัน ดังนั้นประมวลกฎหมายแห่งญี่ปุ่นจึงได้แยกอำนาจของตัวแทนเป็น 2 ประเภท คือ

2.2.3.1 อำนาจที่ได้รับจากตัวการโดยตรง

เป็นการพิจารณาจากการแสดงออกซึ่งเจตนาของตัวการไม่ว่าตัวการ
จะแสดงออกมวโดยวาจา เป็นหนังสือ หรือความประพฤติใด ๆ ก็ตามที่ทำให้ตัวแทนหรือบุคคล
ที่สาม เข้าใจว่าตัวแทนได้มีอำนาจกระทำการ เช่นนั้นแล้วก็ถือว่าตัวแทนได้รับอำนาจ เช่นนั้นจาก
ตัวการโดยตรง ดังนั้นแม้เรื่องตัวแทน เชิดที่ตัวการได้แสดงต่อบุคคลที่สามว่าตน เองได้มอบ
อำนาจให้แก่ตัวแทนแล้ว และตัวแทนก็ได้กระทำการ เช่นนั้นกับบุคคลที่สาม ซึ่งแม้ว่าความจริง
แล้วสัญญาระหว่างตัวการและตัวแทนยังไม่เกิดขึ้นก็ตาม ตัวการก็ต้องรับผิดชอบบุคคลที่สามใน

²⁴³ แต่ปัจจุบันในเรื่องความสามารถของหญิงที่ถูกจำกัดนี้ได้ยกเลิกโดยพระราชบัญญัติ
Matrimonial Proceedings and Property Act. 1970 แล้ว

²⁴⁴ F.M.B. Reynolds, "Bowstead on Agency," PP. 120-121.

กิจการที่ตัวแทนได้กระทำไป เช่นนั้น ที่เป็นเช่นนี้ก็ เพราะประมวลกฎหมายแห่งของประเทศญี่ปุ่น ได้ยึดถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส²⁴⁵

2.2.3.2 อำนาจที่ได้รับจากการที่มีกฎหมายบัญญัติไว้

อำนาจประเภทนี้ของตัวแทนขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้ บัญญัติให้บุคคลนั้น เป็นตัวแทนของบุคคลอื่นและมีอำนาจกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น รวมทั้งตัวแทนที่ศาลได้แต่งตั้งขึ้นด้วย²⁴⁶ หรือตัวแทนใด ๆ ก็ตามที่ไม่ได้รับอำนาจจากตัวการ โดยตรง แต่ตัวแทนเข็ดนั้นถือว่าไม่ใช่ตัวแทนที่ได้รับอำนาจจากกฎหมายบัญญัติไว้²⁴⁷

อย่างไรก็ตามในเรื่องอำนาจของตัวแทนทั้ง 2 ประเภทนี้ จะต้อง มีขอบเขตของอำนาจโดยพิจารณาจากเจตนาที่ตัวการได้แสดงออกมา หรือจากบทบัญญัติของ กฎหมายในเรื่องนั้น ๆ แต่ถ้าอำนาจของตัวแทนดังกล่าวไม่มีขอบเขตที่แน่นอน หรือการแสดง เจตนาที่จะมอบอำนาจต่อตัวการนั้น เคลือบคลุมก็ต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป โดย ศาลจะเป็นผู้ตัดสิน เช่นอำนาจในการกระทำการของตัวแทนไม่รวมถึงการจำหน่ายจ่ายโอน ซึ่งทรัพย์สินของตัวการด้วย หรือตัวการมอบหมายให้ตัวแทนทำสัญญาซื้อขายกับบุคคลที่สาม ตัวแทนไม่มีอำนาจที่จะรับรองระยะเวลาในการชำระหนี้ของตัวการ²⁴⁸ หรือไม่มีอำนาจที่จะ ยกเลิกสัญญานั้นได้เอง²⁴⁹ หรือตัวแทนไม่มีอำนาจค้ำประกันในนามของตัวการได้²⁵⁰

²⁴⁵ J.E. De Becker, The Principles and Practice of the Civil Code of Japan, P. 103.

²⁴⁶ Ibid., P. 102.

²⁴⁷ Ditto, 17th May, 1906.

²⁴⁸ Tokyo Appeal Court, 13th Sept, 1910.

²⁴⁹ Ditto, 30th May, 1907.

²⁵⁰ Osaka Appeal Court, 2nd Feb, 1907,

2.2.4 ตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย

อำนาจของตัวแทน เป็นสิ่งที่มีความสำคัญในการที่จะพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำการนั้น ๆ มีลักษณะตามกฎหมายตัวแทน หรือจะพิจารณาว่าจะนำกฎหมายลักษณะตัวแทนมาใช้บังคับได้หรือไม่ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้แยกลักษณะของบทบาทผู้ปฏิบัติต่าง ๆ ไว้เป็นหมวดหมู่ ซึ่งกฎหมายลักษณะการจัดการงานนอกสั่งก็มีความใกล้เคียง และมีความสัมพันธ์กับกฎหมายลักษณะตัวแทนอยู่ด้วยเช่นกัน เพราะฉะนั้นสิ่งที่จะชี้ให้เห็นหรือหรือแยกลักษณะของกฎหมายสองลักษณะนี้ออกจากกันก็คือ อำนาจ²⁵¹ ในการกระทำการแทนตัวการ เหตุผลก็คือว่า ในกฎหมายลักษณะตัวแทนนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ตัวแทนที่กระทำการแทนตัวการนั้นต้องมีอำนาจกระทำการแทนทุกกรณีไป ในส่วนของลักษณะการจัดการงานนอกสั่งนั้น ผู้จัดการที่กระทำการแทนตัวการนั้นถือว่า ในเบื้องต้นกระทำการโดยไม่มีอำนาจหรือปราศจากอำนาจ แต่ถ้าตัวการได้ให้สัตยาบันแก่การกระทำนั้นในภายหลัง จึงให้นำบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะตัวแทนมาบังคับใช้แล้วแต่กรณี²⁵² และถือว่าผู้จัดการนั้น เป็นตัวแทนโดยการให้สัตยาบันไป²⁵³

ดังนั้นการที่มีผู้กระทำการแทนโดยไม่มีสัญญาตั้งตัวแทนหรือมีสัญญาตั้งตัวแทนอยู่แล้ว แต่สัญญาตั้งตัวแทนนั้น เป็นโมฆะหรือสิ้นสุดไป หรือตัวแทนทำเกินอำนาจตัวแทน หรือตัวแทนกระทำการโดยปราศจากอำนาจก็ดี หรือทำนอกเหนือขอบอำนาจก็ดี อาจเป็นการจัดการงานนอกสั่งได้ โดยพิจารณาจากอำนาจของตัวแทนนั่นเอง

ความสำคัญของอำนาจของตัวแทนอีกประการหนึ่ง ก็คือ การกระทำของตัวแทนต่อบุคคลภายนอกนั้น จะมีผลผูกพันตัวการได้เพียงใดหรือไม่ ก็ย่อมขึ้นอยู่กับพิจารณาในเรื่องการมอบหมายซึ่งอำนาจโดยตัวการและการกระทำตามอำนาจนั้นโดยตัวแทน ซึ่งโดยทั่วไป

²⁵¹ วงษ์ วีระพงศ์, "จัดการนอกสั่ง," ตุลพาท, 4 ปีที่ 15 (ก.ค. - ส.ค. 2511), หน้า 7.

²⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 402 วรรคสอง.

²⁵³ วิมลศิริ ชำนาญเวช และประสิทธิ์ ไชวีไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการจัดการงานนอกสั่ง และลามมิควรได้, หน้า 35.

จะเป็นการชี้ให้เห็นถึงชนิดของตัวแทนว่าตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจชนิดนั้น ๆ จากตัวการมีอำนาจกระทำการใดได้บ้าง โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไปที่ตัวการและตัวแทนได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างไร ประกอบกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ให้อำนาจแก่ตัวแทนไว้อย่างไร อีกกรณีหนึ่ง อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้บัญญัติถึงการได้รับมาซึ่งอำนาจของตัวแทนพอสมควรดังต่อไปนี้คือ

2.2.4.1 อำนาจที่ตัวแทนได้รับมอบหมายจากตัวการ

พิจารณาจากหลักใน เรื่องการเกิดของตัวแทนโดยความตกลง ซึ่งโดยทั่วไปก็เป็นเรื่องของหลักในการเกิดสัญญาตัวแทน ตามมาตรา 797 วรรคสอง ไม่ว่าความตกลงนั้นจะเป็นโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายก็ตาม ก็ทำให้ตัวแทนได้รับอำนาจจากตัวการ ตามมาตรา 797 วรรคแรกเช่นกัน

อำนาจที่ได้รับมอบหมายจากตัวการนี้อาจจะเป็นไปในลักษณะที่ชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ กล่าวคือ ตัวการอาจมอบอำนาจให้แก่ตัวแทน โดยมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือทำเป็นหนังสือมอบอำนาจให้ไว้²⁵⁴ หรือด้วยวาจา หรือโดยปริยาย จากพฤติการณ์ที่แสดงว่าตัวการได้ตกลงยินยอมมอบอำนาจ เช่นนั้นให้แก่ตัวแทนแล้ว ซึ่งในกรณีเช่นนี้ต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ต่าง ๆ เข้าประกอบด้วย แต่อำนาจที่ตัวการจะมอบหมายให้แก่ตัวแทนนี้ต้องอยู่ภายในขอบอำนาจที่ตัวการสามารถกระทำการนั้น ๆ เองได้ด้วย เช่น ในเรื่องตัวการที่เป็นนิติบุคคลจะต้องกระทำการตามวัตถุประสงค์ที่ได้จดทะเบียนไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิเท่านั้น

ในการมอบอำนาจให้แก่ตัวแทนนั้น ตัวการและตัวแทนอาจมีข้อตกลงหรือข้อกำหนดในการใช้อำนาจ เช่นนั้นของตัวแทนไว้ด้วย หรืออาจกำหนดเป็นเงื่อนไขอย่างใด ๆ

²⁵⁴ การมอบอำนาจ เช่นนี้ตัวการอาจจะไม่กระทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือก็ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบังคับไว้ในกิจการที่ตัวแทนต้องไปกระทำการกับบุคคลที่สามว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือต้องทำเป็นหนังสือตามมาตรา 798 เพื่อเป็นหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดี หรือเพื่อให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้

ที่ถูกต้องตามกฎหมายก็ได้ และข้อตกลง เช่นว่านี้ย่อมมีผลใช้บังคับได้ระหว่างคู่สัญญา แต่กับบุคคลภายนอกแล้วข้อกำหนด หรือข้อจำกัดอำนาจดังกล่าว ปกติจะนำมาใช้กับบุคคลที่สามไม่ได้ เว้นแต่บุคคลที่สามได้ล่วงรู้ข้อกำหนด หรือข้อจำกัดนั้น ๆ แล้ว²⁵⁵

อำนาจที่ตัวแทนได้รับมานี้ ถ้าตัวการได้มอบหมายหรือให้คำสั่งอย่างใดไว้ซึ่งอาจแปลได้ในหลายทาง ถ้าตัวแทนเลือกกระทำการในทางใดโดยสุจริตแล้ว ย่อมต้องถือว่าตัวแทนกระทำไปโดยชอบ แม้จะไม่ตรงกับความต้องการของตัวการก็ตาม ตัวการก็ต้องรับเอากิจการที่ตัวแทนได้กระทำไปตามอำนาจนั้น ในการมอบอำนาจที่ทำเป็นหนังสือ ต้องแปลความหมายตามตัวการโดยเคร่งครัด ถ้าเกิดข้อความใดเกิดขัดแย้งกันขึ้น ต้องถือเอาตามที่ตรงเจตนาของตัวการเป็นหลัก²⁵⁶ ซึ่งอาจพิจารณาจากข้อความในหนังสือมอบอำนาจนั้นทั้งหมด

อำนาจที่ตัวแทนได้รับมอบหมายจากตัวการนี้ แบ่งตามลักษณะของการมอบอำนาจออกเป็น 2 ประการ คือ

ก.) อำนาจที่ได้รับมอบหมายเป็นการทั่วไป

อำนาจทั่วไปที่ตัวแทนได้รับนี้ตัวแทนสามารถที่จะกระทำการได้ทุกอย่างโดยไม่จำกัด หมายความว่าตัวการมอบอำนาจให้แก่ตัวแทน เป็นการทั่วไปไม่เป็นการเฉพาะเจาะจงให้ตัวแทนกระทำการใดการหนึ่งโดยเฉพาะ การพิจารณาถึงอำนาจเช่นนี้ของตัวแทน แม้ว่าในบทบัญญัติ มาตรา 801 จะให้อำนาจแก่ตัวแทนกระทำการได้ทุกอย่างก็ตาม และอยู่ในดุลพินิจของตัวแทนเองก็ตาม ก็ยังต้องมีข้อจำกัดการใช้อำนาจ เช่นนี้ของตัวแทนไว้ด้วย เพื่อมิให้การใช้อำนาจของตัวแทน เป็นไปโดยไม่มีข้อจำกัด กล่าวคือ อำนาจโดยทั่วไปของ

๙

²⁵⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 65/2489 กล่าวว่า การที่ผู้จัดการร้านค้าได้มอบอำนาจให้ทำการขายเฉพาะ เงินสดนั้น ถ้าผู้ซื้อไม่รู้ถึงความข้อนี้แล้ว เจ้าของร้านจะยกเป็นข้อต่อสู้ผู้ซื้อไม่ได้

²⁵⁶ ป.พ.พ. มาตรา 132.

ตัวแทนอาจถูกจำกัดโดยฐานะหรือตำแหน่งที่ตัวแทนได้รับมอบหมายนั้น และธรรมเนียมปฏิบัติ และประเพณีทางการค้าหรือวิชาชีพของตัวแทนด้วย เพราะเหตุว่า ตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจทั่วไปนี้มี 2 ประเภท²⁵⁷ คือ ตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไป (Universal Agent) จะมีอำนาจเช่นเดียวกับตัวการทุกประการ และ

ตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไปเฉพาะกิจการ²⁵⁸ (General Agent) จะมีอำนาจเกี่ยวเนื่องกับการดำเนินกิจการตามที่ตนได้รับมอบหมายด้วย เช่น การตั้งให้เป็นผู้จัดการร้านค้า ก็ย่อมมีอำนาจที่จะกระทำการที่เกี่ยวข้องด้วย เช่น การจ้างลูกจ้าง การกู้ยืมเงิน เป็นต้น

ข้อจำกัดอำนาจโดยทั่วไปของตัวแทนอีกประการหนึ่งดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 801 วรรคสอง ในอนุมาตรา 1 ถึง 6 นั้นตัวแทนก็ไม่มีอำนาจกระทำได้เช่นกัน เพราะเหตุว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นการจำหน่ายสิทธิของตัวซึ่งอาจทำให้ตัวการเสียหายได้ แต่อย่างไรก็ตามตัวการอาจอนุญาตให้ตัวแทนกระทำการดังกล่าวได้ หรือเป็นกรณีที่มีเหตุฉุกเฉินแล้ว ตัวแทนก็ย่อมกระทำการเหล่านั้นได้เพื่อป้องกันมิให้ตัวการต้องเสียหาย

ผลเกี่ยวกับบุคคลภายนอกในการกระทำตามอำนาจทั่วไปที่ได้รับมานั้น โดยปกติก็ผูกพันตัวการตามมาตรา 820 เว้นแต่ตัวแทนได้กระทำการตามที่กฎหมายได้ห้ามไว้ในมาตรา 801 ซึ่งถือว่าตัวแทนกระทำการโดยปราศจากอำนาจ จึงไม่ผูกพันตัวการ และไม่ว่าบุคคลภายนอกจะกระทำโดยสุจริตหรือไม่ก็ตาม ตัวแทนต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกเป็นส่วนตัว เว้นแต่บุคคลภายนอกจะรู้ถึงอำนาจของตัวแทนแล้ว ยังเสี่ยงเข้ามากระทำการกับตัวแทนอีก

²⁵⁷ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, กฎหมายธุรกิจ หน่วยที่ 7 - 15,

(กรุงเทพมหานคร: บริษัทรุ่งศิลป์การพิมพ์, 2526), หน้า 302-304.

²⁵⁸ ตัวแทนประเภทนี้อำนาจที่เกี่ยวข้องจะขึ้นอยู่กับลักษณะวิชาชีพของตัวแทน

นั้น ๆ ด้วย (บุญช่วย วณิกกุล, หลักกฎหมายว่าด้วยนายกับเอเยนต์, พิมพ์ครั้งที่ 2.

(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์บุญช่วยเจริญ, 2469) หน้า 31-32.

ข.) อำนาจที่ได้รับมอบหมายเป็นการเฉพาะ²⁵⁹

เป็นอำนาจที่ตัวการมอบหมายให้แก่ตัวแทนทำกิจการใด แทนตนเป็นการเฉพาะเรื่องไป หรือเฉพาะหน้าที่บางประการเท่านั้น จึงเป็นอำนาจที่จำกัด ซึ่งตัวแทนต้องปฏิบัติให้ตรงตามเจตนาของตัวการเท่านั้น แต่อำนาจของตัวแทนประเภทนี้อาจจะขยายออกไปได้โดยปริยาย เพื่อจำเป็นให้กิจการที่ตัวการมอบหมายนั้นสำเร็จลุล่วงไป เช่น ผู้รับมอบอำนาจให้ฟ้องคดีอาญา ย่อมมีอำนาจที่จะลงชื่อในฟ้องแทนได้เพื่อให้การฟ้องคดี สำเร็จลุล่วงไป²⁶⁰ เป็นต้น

การขยายอำนาจของตัวแทนนี้โดยทั่วไปแล้วจะขึ้นอยู่กับ "สิ่งจำเป็น" ตามความหมายของมาตรา 800 และความจำเป็นตามมาตรา 800 นี้ จะมีระดับที่ไม่ใช่ต้องจำเป็นตามมาตรา 802 ก็ได้ เพราะว่าการจำเป็นตามมาตรา 802 นั้น เป็นข้อยกเว้นใน เรื่องอำนาจของตัวแทนอยู่แล้ว "สิ่งจำเป็น" นี้ ศาลจะเป็นผู้ชี้ขาดโดยพิจารณาจากลักษณะของกิจการที่ตัวแทนได้กระทำว่าจำเป็น เพื่อให้กิจการนั้นสำเร็จลุล่วงไปหรือไม่ เช่น ตัวแทนได้รับมอบอำนาจให้ฟ้องคดีแทนตัวการก็ย่อมต้องมีอำนาจแต่งตั้งทนายความให้ ดำเนินคดีได้ เพราะเป็นสิ่งจำเป็น เพื่อให้การฟ้องคดีสำเร็จลุล่วงไป²⁶¹ แต่ถ้าตัวแทนได้รับมอบอำนาจให้ฟ้องคดีแห่งเรียกเงินจากบุคคลภายนอกแล้ว ตัวแทนเห็นว่าบุคคลภายนอกมีหนี้สินมาก จึงฟ้องคดีล้มละลายเช่นนี้ถือว่ามีสิ่งจำเป็น²⁶² เป็นต้น "สิ่งจำเป็น" ตามความหมายในมาตรา 800 นี้ ผู้เขียนเห็นว่า ควรจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหรือกิจการที่ตัวแทนได้รับมาในการกระทำการแทนตัวการ เพราะตัวแทนย่อมต้องเลือกวิธีปฏิบัติที่จะทำให้อำนาจที่ได้รับมอบหมายนั้นสำเร็จลง เช่น ตัวการมอบอำนาจให้ตัวแทนไปซื้อสินค้าด้วยตนเองที่จังหวัด เชียงใหม่ การที่ตัวแทนจะเดินทางไปอย่างไรหรือโดยวิธีใดนั้น ก็ย่อมนับเนื่องกับกิจการที่ตัวการมอบหมายให้แก่ตัวแทนโดยเฉพาะนั้นเอง เพื่อให้กิจการที่ได้รับมอบหมายสำเร็จลง

²⁵⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 800.

²⁶⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 890/2503.

²⁶¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 615/2524.

²⁶² คำพิพากษาฎีกาที่ 391/2502.

ตัวแทนที่ได้รับอำนาจประเภทนี้ จึงมีอำนาจเกี่ยวเนื่องในการกระทำใด ๆ ในสิ่งที่จำเป็น เพื่อให้บรรลุผลสำเร็จในกิจการที่ตัวการได้มอบหมายให้แก่ตน

2.2.4.2 อำนาจที่ตัวแทนได้รับจากบทบัญญัติของกฎหมาย

เป็นอำนาจของตัวแทนที่ได้รับโดยผลของกฎหมาย แม้ว่าตัวแทนจะได้รับอำนาจจากตัวการมาแล้วก็ตาม ตัวแทนก็อาจได้รับอำนาจนอกเหนือจากที่ตัวการได้มอบหมายให้โดยผลของกฎหมายเช่นกัน ซึ่งถือว่าการกระทำ เช่นนั้นมีผลผูกพันตัวการด้วย โดยทั่วไปจะถือว่าอำนาจ เช่นนี้ เป็นการขยายอำนาจที่ตัวแทนได้รับมาแต่เดิม หรือถือว่าเป็นอำนาจใหม่ (New Power) ที่ตัวแทนได้รับ อำนาจเหล่านี้จำแนกได้ดังนี้ คือ

ก.) อำนาจในเหตุฉุกเฉิน²⁶³

อำนาจในเหตุฉุกเฉินนี้เป็นข้อยกเว้นในเรื่องอำนาจของตัวแทน กล่าวคือ ตัวแทนทุกประเภทที่มีความเป็นตัวการและตัวแทนกันแล้วสามารถได้รับอำนาจในเหตุฉุกเฉินได้ไม่ว่าจะเป็นตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไป หรือเฉพาะกิจการก็ตาม แม้ว่ากิจการในเหตุฉุกเฉินนั้นตัวการจะไม่ได้มอบอำนาจให้กระทำก็ตาม แต่การกระทำของตัวแทนนั้น ตัวแทนต้องกระทำ เช่นวิญญูชนพึงกระทำ ซึ่งกฎหมายสันนิษฐานว่า ตัวแทนในเบื้องต้นว่า ตัวแทนมีอำนาจทำได้ และในเรื่องนี้ต้องมีความเป็นตัวการตัวแทนกันมาก่อน²⁶⁴ จึงจะสามารถขยายอำนาจเดิมในเหตุฉุกเฉินได้ แต่ในระบอบกฎหมาย Common Law นั้น ตัวแทนในเหตุฉุกเฉินนี้จะเรียกว่าเป็นตัวแทนโดยความจำเป็น (Agency by Necessity) ซึ่งก็รวมทั้งในเรื่องอำนาจในเหตุฉุกเฉิน และการจัดการงานนอกสั่งเข้าด้วยกัน และใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ได้แยกการจัดการงานนอกสั่งและอำนาจของตัวแทนในเหตุฉุกเฉินออกจากกัน แต่ก็ยังมีความเกี่ยวพันกันในผลทางกฎหมายบางประการ จึงทำให้ความหมายในมาตรา 802 นี้ต้องมีความเป็นตัวการตัวแทนกันมาก่อน จึงจะกระทำการในเหตุฉุกเฉินได้ ถ้าไม่มีความเป็นตัวการตัวแทนกันมาก่อน ก็เป็นเรื่องของการจัดการงานนอกสั่งไป

²⁶³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 802.

²⁶⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 723-724/2502.

ข.) อำนาจในการจัดการเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตัวการ

ภายหลังจากที่สัญญาตัวแทนสิ้นสุดลง²⁶⁵

อำนาจของตัวแทนในกรณีเช่นนี้ถือว่า เป็นอำนาจที่ตัวแทนได้รับจากผลของกฎหมาย เพราะโดยปกติ เมื่อตัวการได้ตายลงหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถหรือล้มละลายก็ดี ถือว่าสัญญาตัวแทนนั้นได้สิ้นสุดลง²⁶⁶ และอำนาจกระทำการต่าง ๆ ของตัวแทนที่ได้รับมาย่อมสิ้นสุดลงด้วยเช่นกัน แต่ตามมาตรา 828 นี้ ถือว่าตัวแทนได้รับอำนาจใหม่โดยกฎหมาย เพื่อมีวัตถุประสงค์ให้ตัวแทน เข้าจัดการปกป้องรักษาผลประโยชน์ของตัวการที่ตัวแทน เองยังดูแลหรือจัดการค้างค้างอยู่ให้สำเร็จไปจนกว่าจะมีทายาทหรือผู้อนุบาล หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เข้ามาปกป้องรักษาประโยชน์ของตัวการแทน

ความสำคัญในเรื่องอำนาจการจัดการรักษาผลประโยชน์ของตัวการนี้อยู่ที่ว่า การจัดการนั้นตัวแทนจัดการโดยสมควรหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้ศาลจะเป็นผู้พิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป เช่น ตัวการตายก่อนยื่นฎีกา ทนายความยื่นฎีกาแทนได้²⁶⁷ ตัวการตายในระหว่างขอบังคับคดี ตัวแทนขอบังคับคดีต่อไปได้²⁶⁸ เป็นต้น

แต่ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า อำนาจของตัวแทนที่จะจัดการแทนตัวการภายหลังจากที่ตัวการตาย หรือเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือเป็นบุคคลล้มละลายนี้ ย่อมเกิดขึ้นทันที²⁶⁹ ที่สัญญาตัวแทนนั้นระงับสิ้นไป เพราะเหตุดังกล่าวได้เกิดขึ้น แม้ว่าอำนาจเดิมจะหมดสิ้นไปแล้วก็ตาม ตัวแทนย่อมมีอำนาจใหม่ขึ้นทันที

²⁶⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 828.

²⁶⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 826 วรรคสอง

²⁶⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 1635/2520.

²⁶⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 890/2502.

²⁶⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1036/2487.